DIE UNTERMIETE.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ludwig von Reiche

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Schott.**
Korreferent: Professor Dr. **H. Meyer.**

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0075

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung: Begriff, wirtschaftliche Voraussetzungen 1

B. Geschichtliche Übersicht.

I. Die sublocatio rei des römischen und gemeinen Rechts.

§ 2. 1. Zulässigkeit der Untervermietung 4

§ 3. 2. Haftung des Mieters für Beschädigung der weitervermieteten Sache 6

§ 4. 3. Gegenseitige Unabhängigkeit der obligatorischen Verbindlichkeiten aus dem Haupt- und Untermietvertrag 9

§ 5. 4. Gesetzliche Pfandsicherung der Ansprüche des Vermieters bei Untervermietung 15

§ 6. 5. Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter auf Herausgabe der Mietsache nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses? 21

§ 7. II. Die Untermiete im älteren deutschen Recht 22

§ 8. III. Die Untermiete in Gesetzen des 19. Jahrhunderts . . 28

§ 9. IV. Die Untermiete im preußischen ALR. 38

§ 10. V. Die Ausarbeitung der Bestimmungen des BGB. . . . 39

C. Systematische Darstellung 45

I. Das gesetzliche Verbot der Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an einen Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters und seine Schranken.

1. Die Gebrauchsüberlassung.

§ 11. a) Begriff 45

§ 12. b) Der Rechtsgrund 46

§ 13. c) Überlassung zu Mitgebrauch und Teilgebrauch. 52

2. Die Erlaubnis des Vermieters.

§ 14. a) Wesen 55

§ 15. b) Anfechtbarkeit, Unwiderruflichkeit und Unbeschränkbarkeit 57

Seite

§ 16. c) Form der Erlaubnis 60
§ 17. d) Vorraussetzungen für die Erteilung 62
§ 18. 3. Der Ausschluß des § 549 Abs. 1 durch Vertragsabrede 63
4. Das Kündigungsrecht des Mieters.
§ 19. a) Verweigerung der Erlaubnis 71
§ 20. b) Wichtiger Grund in der Person des Dritten. 74
§ 21. II. Die Einwirkung des Hauptmietverhältnisses auf das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Drittgebraucher und umgekehrt 79
III. Die Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Drittgebraucher dinglicher und obligatorischer Art.
§ 22. 1. Die dinglichen Ansprüche 89
2. Der obligatorische Anspruch aus § 556 Abs. 3.
§ 23. a) Die Voraussetzungen des Anspruchs . . . 91
§ 24. b) Die Nebenverpflichtungen des Dritten . . . 94
§ 25. c) Die Einwendungen des Dritten gegen den Vermieteranspruch 96
§ 26. d) Die rechtssystematische Bestimmung des Anspruchs 103
§ 27. e) Die Nichtvollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungsurteils gegen den Dritten 109

§ 1.

A. Einleitung: Begriff, wirtschaftliche Voraussetzungen.

Untermietvertrag heißt der Mietvertrag, in dem der Mieter einer Sache[1]) diese an einen Dritten weitervermietet. Die Sachuntermiete erstreckt sich vornehmlich auf Grundstücke bezw. Teile von solchen oder Baulichkeiten, und zwar unterscheidet das römische Recht, und der Sache nach ihm folgend alle späteren Rechte, praedia urbana und pr. rustica; jene sind Grundstücke, die in erster Linie zum bloßen Gebrauch,[2]) diese solche, die vornehmlich zur Fruchtziehung benutzt werden, und für die heute der Ausdruck Pacht statt Miete üblich ist. Die Miete im heutigen Sinne, von der im folgenden allein die Rede sein soll, besonders die Untermiete, hat ihre wirtschaftliche Ursache in der Zusammendrängung der menschlichen Wohnungen auf ein kleines Gebiet, die Stadt. Das Institut der Untermiete findet sich daher erst auf höherer Kulturstufe, und zwar namentlich in den großen Städten. Für Rom[3]) müssen wir annehmen, daß die untere Bevölkerung infolge schlechter Verkehrsverhältnisse und rücksichtsloser Beseitigung von Wohnhäusern zugunsten von

---

[1]) Dienst- und Werkuntermiete sind von der folgenden Darstellung ausgeschlossen.

[2]) z. B. auch die area in l. 3 D. 20, 2 arg.: Auch die auf diese vom Mieter gebrachten Sachen unterliegen dem Pfandrecht des Vermieters, Seufferts Arch. 54 Nr. 19 (während die Sachen des Mieters eines praed. rust. nicht haften) s. u.

[3]) vgl. Fischer, Soll Kauf Pacht und Miete brechen? Nt. 41 S. 11 und Nt. 128 S. 39, sowie die dort Zitierten; ferner Pernice in Zeitschr. der Savignystiftung XVIII S. 89 ff.

Luxusbauten in schlimmerer Weise zusammengepfercht wurde als in den heutigen Großstädten. Infolgedessen war der Mietzins hoch, und der Mieter versuchte gewiß häufig, einen Teil desselben durch Untermiete aufzubringen. Der Bau von Miethäusern wurde auch Sache der Spekulation. Man baute Mietskasernen (insulae) und vermietete sie an einen Unternehmer (locare per aversionem), der nun die einzelnen Stockwerke[4]) oder Räume in Untermiete vergab, oder setzte einen Vizewirt (insularius) ein, der die Vermietung für Rechnung seines Herrn besorgte.

Auf dem germanischen Rechtsboden trat, wie die Miete, so auch die Aftermiete erst spät neben und darauf an die Stelle der Häuserleihe nach Stadtrecht,[5]) die seit dem 13. Jahrhundert vielfach die Gestalt der Afterleihe aufweist.[6]) In der späteren Zeit des Mittelalters wurde es jedoch in den Städten häufig, daß sich jemand ein ganzes Haus mietete, um die einzelnen Räume weiterzuvermieten.[7]) In steigendem Maße — nach der Aufnahme des Instituts in die Rechtsaufzeichnungen zu schließen, s. u. — hat sich die Gepflogenheit der Teilundervermietung bald ausgedehnt, und heute ist sie, zumal bei dem häufigen Ortswechsel von Personen ohne eigenen Hausstand, eine für viele notwendige Einrichtung von mannigfacher Gestalt und zugleich für den Aftervermieter eine leicht zu unter-

---

[4]) vgl. Fischer a. a. O. S. 11 u. 41. Das coenaculum, ursprünglich das im Oberstock des Anbaues (an das eigentliche Privathaus, domus) gelegene Mietsquartier (im Gegensatz zu den zu ebener Erde gelegenen Mietsräumen, tabernae), später in der insula allgemein das Stockwerk bezeichnend (daher D. 9, 3 l. 5 § 1 coenaculariam exercere Aftervermietung betreiben), wurde häufig nicht nur im ganzen oder in Teilen von dem Generalmieter des Hauses, sondern noch von dem Mieter des Stockwerks in Teilen (cubicula Schlafgemächer, Kammern, exedrae Wohnzimmer, Gesellschaftszimmer, Heumann-Seckel, Handlexikon 9. Aufl. 1907) weitervermietet.

[5]) vgl. Arnold, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten (passim) und Fischer a. a. O. S. 44ff., insbesondere S. 49—50; Gierke, Grundriß, in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie (Mai 1901) S. 505.

[6]) Arnold a. a. O. S. 50.

[7]) v. Brüneck, Zur Geschichte der Miete und Pacht in den deutschen Städten, in Zeitschr. der Savignystiftung, Germ. Abt. I S. 152ff.

haltende und ertragreiche Erwerbsquelle. Dagegen wird die in Rom übliche Gesamtvermietung eines Hauses heute nur in Ausnahmefällen gewählt. Der moderne Kapitalist benützt außer der weitverbreiteten Vermietung durch Vertreter (Verwalter) vor allem eine langfristige Hypothek, um aus einem Grundstück Erträge zu ziehen; der nominelle Eigentümer dürfte sich in seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber dem Kapitalisten von dem altrömischen Generalmieter wenig unterscheiden.

B. Geschichtliche Übersicht.

I. Die sublocatio rei des römischen und gemeinen Rechts.

§ 2.

1. Zulässigkeit der Untervermietung.

Der Mieter ist befugt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiterzuvermieten, falls dies nicht im Mietvertrage ausgeschlossen oder beschränkt ist. Diese Befugnis gilt als Bestandteil seines Rechtes auf das uti frui der Sache.

> fr. 6 C. 4, 65: Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit (Imper. Alexander).

Demgemäß muß der Vermieter für den guten Zustand des Hauses auch im Hinblick darauf einstehen, daß der Mieter das Haus weiterzuvermieten in der Lage ist.

> l. 60 pr. D. 19, 2 (Labeo): Cum ... domus locata est, praestare locator debet ut non solum habitare conductor ... sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit.

Von einer gesetzlichen Beschränkung in der Wahl des Untermieters sagen die römischen Quellen nichts.[1]) Da die Unter-

[1]) Wenn an einer Stelle (l. 13 § ult. D. 7, 1), auf die die Glosse zu der ersten Stelle oben hinweist, dem durch Vermächtnis eingesetzten Usufructuar eines Hauses die gewerbsmäßige Ausnutzung desselben durch Vermieten der Räume im einzelnen oder den Betrieb einer Herberge, Walkerwerkstatt oder öffentlichen Badeanstalt versagt wird, so läßt sich

vermietung nur einen Akt der Ausübung des Gebrauchsrechtes darstellt, so erstreckt sich auf diese Wahl die Haftung des Mieters für Verschlechterung der Mietsache durch sein Verschulden. Mußte er voraussehen, daß die Sache durch die Gebrauchsüberlassung an den betr. Dritten verschlechtert, d. h. der Gebrauch durch den Dritten der Erhaltung der Sache nachteiliger als der ihm selbst eingeräumte werden würde, so steht er für allen Schaden ein, den die Sache nicht erlitten haben würde, wenn er sie nicht an den betr. Dritten weitervermietet hätte. Dagegen dürfte sich aus dem Charakter des Mietvertrages als bonae fidei negotium für das reine römische Recht die Folgerung einer Pflicht des Mieters nicht nachweisen lassen, die Weitervermietung an einen solchen Dritten zu vermeiden, dessen Aufnahme dem Willen des Vermieters (bei Abschluß des Mietvertrages), wie dem Mieter bekannt, widerstrebte (z. B. wegen stärkerer Abnutzung durch den Dritten, oder wegen seines üblen Rufes); dementsprechend stellt die mietweise erfolgte Überlassung an einen solchen nicht einen Mißbrauch dar, der den Vermieter zum Rücktritt berechtigte.[2])

Für das gemeine Recht ist wesentlich, daß Baldus und ebenso später Stryck, Usus modernus Pandecturum 1776—80 (vol. XIII s. 12 c. 9 § 7) den Grundsatz der an der Spitze mitgeteilten Stelle wiederholten. Die Glosse fügte hinzu, daß Unter-

---

eine Analogie für die Untermietung daraus nicht herleiten, wie Sintenis, Zivilr. 3. Aufl. 1869 II § 118 N. 86, 87 annimmt. Die primären Rechtsverhältnisse sind in beiden Fällen zu verschieden; der Schutz des Erben steht dort im Vordergrunde. Das gleiche gilt für den Fall der ebenfalls von der Glosse irrtümlich herangezogenen l. 15 D. 7, 1, wo die Verwendung von Sklaven zu einem ihrer Ausbildung nicht entsprechenden Zweck durch den legatarischen Nießbraucher als rechtlicher Mißbrauch hingestellt, von Miete aber überhaupt nicht gesprochen wird. Die weiter zit. l. 7 D. 7, 8 bestimmt, daß die aus der Dienstbarkeit des usus berechtigte Frau nur einen Mann bei sich aufnehmen (recipere) dürfe, mit dem sie in Ehren zusammen wohnen könne, während das locare dem Usuar grundsätzlich versagt ist (l. 11 D. 7, 8 . . . nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest).

[2]) Mißbrauch berechtigt den Vermieter in der Regel zum einseitigen Rücktritt, fr. 3 C. 4, 65 . . . expelli . . . male in re locata versatus . . .

vermietung nur an einen aeque indoneus und ad eundem usum zulässig sei. Aus der, wenn auch irrtümlichen Zitierung der oben (Anm. 1) angeführten Stellen ergibt sich zur Auslegung dieses Zusatzes, daß der Stoff, die äußere Gestalt und der Ruf der Mietsache durch einen von der primären Berechtigung abweichenden Gebrauch des Dritten nicht leiden dürfe. Daß der Mieter die Sache dem Untermieter nicht zu einem Gebrauch von weiterem als dem ihm selbst eingeräumten Umfange überlassen dürfe, ist, da die Untervermietung nur eine Ausübung des Mietgebrauchs darstellt, auch für das römische Recht anzunehmen.[3])

Die Zulässigkeit der Untervermietung ist vom gemeinen Recht festgehalten worden. In bezug auf die Beschränkung in der Wahl des Untermieters schließt sich die moderne Theorie[4]) der Glosse an.

§ 3.

2. Haftung des Mieters für Beschädigung der weitervermieteten Sache.

Oben wurde dargestellt, inwieweit der Mieter haftet, wenn er bei der Wahl des Untermieters ein Verschulden begangen hat, und darauf die weitervermietete Sache beschädigt wird. Ein Verschulden des Mieters liegt bei der Untervermietung stets vor und macht ihn in gleichem Umfange ersatzpflichtig, wenn die Untervermietung ihm durch den Vertrag ausdrücklich verboten war.[1]) Da hierin ein Mißbrauch der Mietsache liegt, hat der Vermieter auch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten. War jedoch die Untervermietung durch den Vertrag nicht beschränkt worden, und trifft den Mieter kein Verschulden bei der Prüfung der Person des Untermieters, so haftet der Mieter, wenn die Verschlechterung der Sache die Folge eines Zufalles ist, ebensowenig, wie wenn er die Mietsache in eigenem Ge-

[3]) Sintenis a. a. O.

[4]) Unterholzner, R. d. Schuldverh. 1840 § 501 VII; Sintenis a. a. O. § 118 N. 86, 87; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Rechts 3. Aufl. 1864 II § 298.

[1]) Arndts, Pand. 13. Aufl. 1886 § 312.

brauch gehabt hätte; lag aber ein Verschulden des Untermieters vor, so ist er grundsätzlich nicht ersatzpflichtig.[2]) Die Quellen geben keine direkte Antwort; analog anwendbar ist aber

> fr. 11 pr. D. 19, 2 Ulpian: Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? et adversus eos quos induxerit, utrum praestavit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat.

In dieser Stelle wird eine eigene Verantwortlichkeit des Mieters zwar nur für seine Angehörigen und Gastfreunde behauptet[3]) und der Untermiete nicht gedacht. Das Untervermieten gehört jedoch in gleicher Weise zum uti frui der Sache, wie die Aufnahme von Sklaven und Gastfreunden. Deren Handeln vermag der Mieter in weit stärkerem Maße zu beaufsichtigen, zu beeinflussen und daher auch zu vertreten, als das Tun und Lassen des seinem Hausstand nicht angehörenden Untermieters. Eine strengere Haftung des Mieters für diesen kann man nicht annehmen.

Dem Wesen der Miete als bonae fidei negotium gemäß greift jedoch in Abweichung von jener Regel der allgemeine Grundsatz, daß der Mieter die Sache dem Vermieter in wiederhergestelltem Zustande zurückzugeben, bezw. ihm das Interesse

---

[2]) vgl. Sintenis II § 118 N. 86, 87; Arndts § 312.

[3]) Das von der a. de effusis et deiectis (einer a. poenalis) handelnde fr. 5 § 1 D. 9. 3 kann hier nicht herangezogen werden: si quis cenacularium exercens ipse maximam partem cenaculi habeat, solus tenebitur. Abgesehen davon, daß es sich hier um die Verantwortlichkeit des Zimmer vermietenden Stockwerkmieters nicht gegenüber dem Vermieter, sondern gegenüber einem Dritten handelt, wird die Haftung nicht aus einem Rechtsgrundsatz, sondern aus Billigkeitsrücksichten abgeleitet, wie der Schluß der Stelle zeigt: Bei Vermietung an mehrere unter Zurückbehaltung eines mittelmäßigen Raumes für den eigenen Gebrauch haften alle Bewohner des Stockwerks.

für die Beschädigung zu ersetzen hat, dann wieder Platz, wenn der Mieter dies ohne eigene Aufwendungen zu leisten vermag, d. h. der Untermieter den hierauf gerichteten Anspruch des Mieters zu befriedigen imstande ist.[4])

Die moderne Theorie[5]) hat an dem Grundsatz des römischen Rechts nichts geändert.[6])

---

[4]) Der Kommentator Bartolus faßt den Inhalt der oben besprochenen Stelle dahin zusammen, daß der Vermieter für die anderen, die bei ihm wohnen, hafte, wenn er sich dadurch schuldig gemacht habe, daß er schlechte Menschen ins Haus brachte. Daß die Glosse jedoch an Untermieter denkt, ergibt sich aus dem Zitat von l. 27 § 11 D. 9, 2. Der Schluß des Fragmentes (Ulpian bezw. Prokulus) lautet: „idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit" (Ulpian): „quae sententia habet rationem". Aber worauf bezieht sich das idem? Die Sklaven eines Pächters haben das Gehöft in Brand gesteckt und dem Verpächter wird nun alternativ die a. ex locato und die actio legis Aquiliae in der Form des iudicium noxale zugesprochen und hinzugefügt, das Urteil auf die eine Klage schließe die andere aus. Voraussetzung hierfür sei jedoch, daß den Pächter keine culpa treffe. Habe er aber noxii Sklaven gehabt (die schon einmal ein Vergehen, nicht das eben besprochene, begangen haben), so könne er mit der a. leg. Aquil. (statt wie man annehmen sollte, mit der a. locati) belangt werden, weil er solche Leute angenommen habe (hierin wird die culpa erblickt). Gegen den Mieter würde hiernach dem Vermieter die a. leg. Aquil. gegeben sein, wenn er schädliche Inquilinen aufnimmt und diese einen Brand verursachen. Das Ergebnis ist unbefriedigend. Kein besseres erhält man, wenn man den Satz: ceterum si noxios servos . . . auf Nichtherausgabe der Sklaven im Noxalprozeß bezieht, denn dann bleibt für eine analoge Anwendung der Stelle auf die Untermiete gar kein Raum. Da ferner in der Nichtherausgabe nicht eine culpa des Mieters erblickt werden kann, würde der Satz „si culpa colonus caveret" in der Luft schweben.

[5]) vgl. die oben S. 6 Nt. 4 Angeführten und ausdrücklich Dernburg, Pand. 7. Aufl. 1902 ff. Bd. 2 § 111, Nt. 17; ferner Goldschmidt in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 16 S. 303 unter Bezugnahme auf die beiden oben besprochenen Stellen. Dagegen zweifelnd Brinz Bd. 2 § 333 bei l. c. operis „die culpa des Gehilfen des Mieters ist culpa des Mieters, allenfalls auch die seines Substituten oder Aftermieters". Der hier zugrunde liegende Gedanke, daß der Untermieter eine Person darstelle, deren sich der Mieter zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegen den Vermieter, hier der Herstellung des Werkes, bedient, hat im modernen Recht zur Ausdehnung der entsprechenden Haftung des Mieters bei Sachmiete geführt. (Drittgebraucher: Gehilfe bei Erfüllung der Obhutspflicht, § 549, 2 BGB. s. u.)

[6]) Daß die Praxis ebenso dachte, ergibt ein Schluß a majore ad minus

§ 4.

3. Gegenseitige Unabhängigkeit der obligatorischen Verbindlichkeiten aus dem Haupt- und Untermietvertrag.

Der Untermietvertrag erzeugt als Mietvertrag grundsätzlich nur zwischen dem Vermietenden und dem Mietenden obligatorische Ansprüche. Daß der Vermietende selbst nur Mieter ist, ändert daran ebensowenig, wie wenn ein anderer dazu beberechtigter Nichteigentümer, z. B. der Nießbraucher, die Sache vermietet. Der Vermieter hat daher keinen Anspruch auf den Untermietzins.[1]) Trotz dessen kann der Untermieter, was auf-

---

aus folgender Entscheidung (Seufferts Arch. Bd. 32 S. 287, Wolffenbüttel): Der Mieter hat Ersatz des Schadens zu leisten, den der Vermieter durch einen bei dem Untermieter eingetretenen casus erlitt, und dem durch den Mieter hätte entgegengewirkt werden können. (Ein Restaurateur hatte einen Teil seiner Stallungen an die Stadt vermietet und diese sie an ein Kavallerieregiment weitervermietet. Als unter den Militärpferden Rotz ausbrach, hätte die Stadt andere Stallungen für diese beschaffen und so den Restaurateur vor Sperrung seiner ganzen Ausspannung bewahren müssen.)

[1]) Auch der Erwerber der Mietsache erhält daher nur den Hauptmietzins, fr. 58 pr. D. 19, 2 (Labeo): insula uno pretio locasti et eam vendidisti ita ut emptori mercedes inquilinorum accederent (es war dies anscheinend ein stehender Teil des Vertragsformulars beim Verkauf einer insula, Fischer a. a. O. S. 11 N. 41) (inquilinus kann hier nur in der weiteren Bedeutung von Mieter überhaupt, sei es 1. oder 2. Mieters, gebraucht sein), quamvis . . . conductor maiore pretio locaret, . . . id emptori accedit quod tibi conductor debeat. Bartolus wiederholt den Inhalt der Stelle. — In l. 53 pr. D. 19, 2 (Labeo bezw. Paulus) verheißt der verkaufende Vermieter dem Erwerber nicht mercedes inquilinorum, sondern insulae — woraus sich die inhaltliche Übereinstimmung beider Ausdrücke ergibt. Paulus bemerkt richtig, daß es sich um den von dem Mieter dem Vermieter geschuldeten Mietzins handle und befindet sich hierbei, wie die Glosse ebenfalls richtig bemerkt, in Übereinstimmung mit Labeo, der sich nach des Paulus Ansicht vermutlich zu allgemein (largius) ausgedrückt habe. — L. 47 § 1 D. 49, 15 (Paulus) wendet den Satz für die Pacht eines fiskalischen Grundstücks an, wie Bartolus richtig zusammenfaßt. Accursius spricht die Differenz zwischen Miet- und Untermietzins ausdrücklich dem Mieter zu. Die zit. Digestenstelle weist zugleich darauf hin, daß, falls der Untermietzins geringer als der Mietzins sei, der Mieter doch für den letzteren suo periculo einstehe, und wenn er daher die Gefahr eines Ausfalls zu tragen habe, ihm auch der

fällt, seinen Mietzins mit befreiender Wirkung an den (ersten) Vermieter zahlen.

> fr. 11 § 5 D. 13, 7 (Ulpian): Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius vel servo pecuniis exigendis praeposito. unde si domum conduxeris et eius partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pignaraticia adversus te (also der Untermieter gegen den Mieter) potero experiri (nam Julianus scribit solvi ei posse): et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum . . .

Die Stelle spricht zunächst von der Tilgung einer durch ein Pfandrecht gesicherten Forderung im allgemeinen als Voraussetzung für die Erhebung der a. pigneraticia directa auf Freigabe der Pfandsache und geht dann zu dem Sonderfall der Miete über; es ist offenbar angenommen, daß sich die Pfandsache im Gewahrsam des Gläubigers befindet, oder dieser von einem ihm, wie bei der Miete, zustehenden Retentionsrechte Gebrauch macht. Der Jurist sagt, daß die Geldzahlung als Schuldtilgung nicht nur dann anzusehen sei, wenn sie dem Pfandgläubiger selbst, sondern auch wenn sie einem anderen geleistet worden sei. An diesem Punkte beginnt der Streit über die Auslegung. Nach der Meinung der einen gibt Ulpian in den Worten „voluntate eius“ ein Tatbestandsmerkmal der befreienden Zahlung an den Dritten; sie beziehen diese Worte dann auch auf den Fall des Aftermietverhältnisses.[2]) Andere wollen dagegen in ihnen bereits ein Beispiel für die (dadurch allgemeiner zu verstehende) Regel sehen. Als Beleg bringen die ersteren

---

Gewinst aus der Aftermiete zukomme. Accursius führt dies näher aus und verlangt für das Gegenteil mit Recht besondere Vereinbarung. — Die beiden von Accursius im weiteren zitierten Digestenstellen erfordern zu weitgehende Analogieschlüsse.

[2]) So Busch, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 31 S. 12—20: Es läge dem mit unde eingeleiteten Abschnitt der Stelle ein besonderer Fall zugrunde, indem nämlich der Untermieter mit Vorwissen (voluntate) seines Vermieters dem ersten Vermieter zahlte.

die enge Zugehörigkeit jener Worte zu dem durch die Wortfolge hervorgehobenen alii (alii — eius); letztere betonen die Unvereinbarkeit der gegnerischen Meinung mit dem Beispiel des Erben. Jener Schluß, der auf die engere Auffassung des Satzes abzielt, scheint mir aus der Stelle heraus ebensowenig notwendig sich zu ergeben, als die prägnante Übersetzung des Wortes voluntas durch die Gegner. Doch halte ich die Auffassung des voluntate eius als Anführung eines besonderen Falles für die richtige, namentlich in Rücksicht auf die der l. c. inhaltlich sehr nahe stehende l. 49 D. 46, 3, in welcher sich eine ausführliche Aufzählung von Personen findet, an die, statt: den Gläubiger (nicht speziell Pfandgläubiger), mit befreiender Wirkung eine Geldschuld gezahlt werden kann.[3]) Das Adverbium unde an der Spitze des zweiten Satzes, in dem Ulpian unter Berufung auf Julian der Zinszahlung des Untermieters an den Vermieter schuldtilgende Wirkung zuspricht, weist daher nur auf „alii sit soluta", nicht auch auf „voluntate eius" zurück. Daß eine auch nur stillschweigende Einwilligung erforderlich sei, um jenen Erfolg hervorzurufen, wird nicht erwähnt und wurde, nach der Knappheit des Zitats zu schließen, auch von Julian nicht angenommen.[4]) Der Jurist fügt noch hinzu, daß die gleiche Wirkung einträte, wenn der Untermieter den Mietzins zum Teil an den Mieter, zum anderen Teil an den Vermieter zahle.

---

[3]) An erster Stelle wird (naturaliter) die Zahlung an den Gläubiger selbst aufgeführt. Darauf folgt die Zahlung iussu eius an andere (dem iussu eius entspricht in unserer Stelle das voluntate eius). Als Empfangsberechtigte werden dort für diesen Fall aufgeführt: Gläubiger (des Gläubigers), zukünftiger Schuldner und Empfänger eines Schenkungsversprechens. Hiernach handelt es sich um die Zahlung zur Erfüllung eines von dem Gläubiger gegenüber dem Dritten eingegangenen Schuldverhältnisses. An dritter Stelle folgt das ratum habere des Gläubigers und an vierter (also durch Nr. 3 getrennt von den Fällen iussu [voluntate]) die Zahlung an Vormund, Pfleger, Prokurator, Zessionar (also nicht unter iussu, wie es dem heutigen Recht entsprechen würde), jeglichen Rechtsnachfolger und den Verwalter-Sklaven; das sind die gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreter und Rechtsnachfolger des Schuldners. Sie sind identisch mit den oben hinter voluntate eius aufgeführten Personen.

[4]) Ebenso Windscheid, Pand. 9. Aufl. 1906 Bd. 2 § 342 N. 42.

Da indessen ein Gläubiger Teilleistungen zurückweisen darf,[5]) so wird der Vermieter eine Zahlung, die niedriger als der ihm vom Mieter geschuldete Zins ist,[6]) ablehnen können, der Mieter aber Teilleistungen dann annehmen müssen, wenn der übrige Teil der Leistung gegenüber dem Vermieter erfolgt und von diesem als Erfüllung betrachtet war.

Die Konstruktion des Rechtssatzes ist sehr strittig. Auf der einen Seite wird behauptet, der Satz sei eine Anwendung der Regel, daß Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers den Schuldner befreie. Der Hauptbeleg, der neben l. c. von den Vertretern dieser Regel angeführt wird, ist l. 6 D. 44, 4 (Gaius):

> Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.

An dieser Stelle wird gesagt, daß dem Schuldner, der an den Gläubiger des Gläubigers geleistet hat und darauf von dem eigenen Gläubiger, der hiervon Kenntnis erhält, auf Leistung verklagt wird, die exeptio doli mali zusteht. Es ist nicht notwendig anzunehmen, daß Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers ipso iure die Schuld tilge; vielmehr läßt sich diese Wirkung durch eine dem Schuldner gegen seinen Gläubiger entstehende Gegenforderung erklären.[7]) Andererseits deutet kein Wort der l. 11 § 5 D. 13, 7 darauf hin, — wie behauptet worden ist, — daß die befreiende Wirkung der Zahlung gerade des Untermietzinses an den Vermieter in der Entstehung einer Gegenforderung gegen den Mieter ihre Ursache habe.

Von anderer Seite wird behauptet, es sei eine stillschweigende Zession des Anspruchs auf den Untermietzins seitens des Mieters an den Vermieter anzunehmen. Wäre dies richtig, so würde statt des Mieters der Vermieter, und nur er, einen klagbaren Anspruch auf die Zinszahlung haben. Dem steht das „posse“

[5]) Arg. fr. 41 § 1 D. 22, 1 (Modestinus): . . . non retardari totius debiti usurarum praestationem, si . . . debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

[6]) Und auch eine solche, die niedriger ist als der volle Untermietzins.

[7]) Windscheid a. a. O.

in dem Zitat aus Julian entgegen. Auch vermöchte diese Konstruktion nur schwer den Satz zu erklären, daß die schuldtilgende Wirkung auch bei geteilter Zahlung an den Vermieter und Mieter eintritt. Ferner: Kann der erste Vermieter den Untermieter belangen, so vermag er auch den für ihn eingetretenen Bürgen in Anspruch zu nehmen. Diese Befugnis wird aber, wenigstens für die Afterpacht, ausdrücklich verneint.[8])

Drittens wird die Zahlung des Untermieters an den Vermieter als negotiorum gestio aufgefaßt.[9]) Zum Wesen der negotiorum gestio gehört, daß der Geschäftsführer annehmen darf, der Geschäftsherr würde, wenn er von der Lage der Dinge Kenntnis hätte, die Geschäftsführung billigen. Dann dürfte der Untermieter in all den Fällen an den Vermieter nicht zahlen, in denen ihm bekannt sein muß, daß es dem Mieter nicht genehm wäre, z. B. weil dieser eine Gegenforderung gegen den Vermieter hat. Von einer solchen Beschränkung spricht das Gesetz aber mit keinem Worte.[10]) Schließlich sucht man das umstrittene Recht des Untermieters aus dem Vorhandensein eines Pfandrechts des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters zu erklären.[11]) Hat der Vermieter einen Anspruch auf Befriedigung aus den Sachen des Untermieters, so muß der letztere, um diese Befriedigung abwenden zu können, die Forderung des Vermieters erfüllen dürfen.[12]) Diese Deutung würde mir am ansprechendsten erscheinen, wenn ich überhaupt an das Bestehen dieses Pfandrechts zu glauben vermöchte (s. u.).

[8]) l. 53 D. 19, 2 (Papinian): Qui fideiussor exstitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, rei publicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent. — Cretschmar, Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Recht, Bonn, Diss. 1879.

[9]) Vangerow, Pand. 7. Aufl. 1863—1869 Bd. 3 § 582 Anm. 1.

[10]) Die Glosse (zu hoc convenisse in l. 11 § 5 D. 13, 7) meint daher richtig, daß der Untermieter auch gegen den Willen des Mieters an den Vermieter zahlen könne; sie führt dies auf das Vermieterpfandrecht zurück; s. das Folgende.

[11]) vgl. oben Glosse und Cretschmar a. a. O. S. 28ff.

[12]) So sagt auch die Glosse (zu experiri und hoc convenisse), daß hier jedenfalls der Schuldner dem Gläubiger seines Gläubigers (sc. mit Wirkung gegenüber dem letzteren) die Schuldsumme zahlen könne, weil die Sachen des Zahlenden dem Zahlungsempfänger verhaftet seien.

Eine befriedigende Konstruktion für das Recht des Untermieters, seinen Zins mit Rechtswirkung gegenüber dem Mieter unmittelbar an den Vermieter zu zahlen, vermochte ich nicht zu finden. Das Recht entsprang wahrscheinlich praktischen Bedürfnissen[13]) und mag ursprünglich in steigender Häufigkeit vertragsmäßig festgelegt worden sein.

Die Glosse hat (vgl. oben Anm. 1) die Selbständigkeit beider Mietverhältnisse und die Tilgung der Aftermietzinsschuld durch Zahlung an den Hauptvermieter[14]) anerkannt. In der modernen Theorie wird von einigen[15]) entsprechend ihrer oben dargestellten Textauslegung dem Untermieter die Möglichkeit schuldtilgender Zahlung an den Vermieter abgesprochen, von der Mehrzahl aber[16]) zugebilligt. Die Praxis betont ebenfalls die Selbständigkeit der beiden Mietverhältnisse[17]) und die schuldtilgende Wirkung der Zahlung an den Vermieter.[18])

---

[13]) Pernice a. a. O. (s. § 1 N. 3) meint freilich, Pächter und Hausmieter seien in sozialer Beziehung als Stellvertreter des Grundherrn angesehen worden. Sollten aber die Römer, die auch in den unteren Volksschichten ein gutes rechtliches Unterscheidungsvermögen zeigten, den erheblichen Unterschied in der Rechtsstellung des Mieters und des Stellvertreters des Vermieters übersehen haben?

[14]) Ebenso Schol. ad Basilik. XXV 1,11; vgl. ferner die Glosse zu experiri in l. 11 § 5 D. 13,7; sie leitet diesen Satz nicht aus grundsätzlicher Erfüllbarkeit der Forderung durch den Schuldner des Schuldners ab, sondern läßt einen solchen Grundsatz ausdrücklich dahingestellt (s. u.).

[15]) Busch und Vangerow (s. o.).

[16]) Windscheid II § 342 Nt. 42; Sintenis II § 103 Nt. 75 Mitte, nimmt eine eigentliche solutio für unseren Fall an; Arndts § 263d leitet aus der Textstelle den in Nt. 14 hier gekennzeichneten allgemeinen Grundsatz ab; Puchta, Pand.-Vorl. § 288, erachtet ebenfalls Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers für schuldtilgend, weil das Faktische der Zahlung eintrete.

[17]) Seuff. Arch III,48.

[18]) Seuff. Arch. VII,15: falls der Gläubiger dem Schuldner nicht ausdrücklich die Zahlung an seinen Gläubiger verboten hat, und Seuff. Arch. XXX,126.

§ 5.

4. Gesetzliche Pfandsicherung der Ansprüche des Vermieters bei Untervermietung.

Der Mietvertrag des Mieters mit dem Untermieter gibt dem Mieter zur Sicherung seiner Zinsforderung ein gesetzliches Pfandrecht an den vom Untermieter eingebrachten Sachen. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[1]) weist daneben dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an diesen Sachen, meist nur bis zur Höhe des Untermietzinses, zu, gestützt auf den Schluß von l. 11 § 5 D. 13, 7 (Anfang s. S. 10):

> Plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur (teneantur scr.). videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria.

l. 5 pr. D. 20, 2:

> (Marcianus): Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse.

und l. 24 § 1 D. 19, 2:

> (Paulus): Si colonus locaverit fundum res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

In keiner dieser Stellen ist unmittelbar ausgesprochen, daß dem Vermieter ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters zusteht. Die beiden letzten Stellen sollen argumenta e contrario bieten. Die Ablehnung eines Vermieterpfandrechts an den Sachen des vom Mieter unentgeltlich Aufgenommenen (l. 5 pr. D. 20, 2)

---

[1]) Holzschuher III § 299 Nt. 16; Puchta, Pand. v. Schirmer 1876 § 201 Nr. 4; Sintenis, Zivilr. I, 571 Nt. 5; Dernburg, Pfandr. I S. 305 ff., Pand. I § 268; Windscheid, Pand. II § 231 Nt. 5; Vangerow, Pand. I § 376 Anm. 1a; Seufferts Arch. 51, 103.

braucht nicht notwendig zum Gegensatz zu haben die Annahme eines solchen an der Habe des entgeltlich Aufgenommenen,[2]) d. h. in erster Reihe des Aftermieters.[3]) Es erscheint vielmehr ebensogut denkbar, daß die l. c. die bei Ausübung des Pfandrechts gewiß häufig auftauchende Zweifelsfrage entscheiden wollte, ob das Pfandrecht des Vermieters an der Habe des Mieters auf die Sachen derer ausgedehnt werden könne, denen dieser unentgeltlich Wohnung gewährt hat; bezüglich der letzteren ist in erster Linie wohl an Freigelassene und Gastfreunde zu denken, die nach außen hin leicht als zu seinem weiteren Hausstande gehörig betrachtet werden konnten.

Eher könnte man meinen, Paulus (l. 24 § 1 D. 19, 2) habe, indem er dem Verpächter ein Pfandrecht an den Sachen des Unterpächters absprach, an die Untermiete als Gegensatz gedacht.[4]) Doch läßt sich die Stelle auch anders verstehen, ohne ihr Zwang anzutun: Auch in den Bereich des Unterpächters greift die pfandrechtliche Sicherung der Forderung des Verpächters über, aber nicht auf seine Habe, sondern auf die Früchte, die, auch bei Fehlen der Unterpacht, allein[5]) den Gegenstand des Verpächterpfandrechts bilden. Danach wird von der Habe als Pfandobjekt lediglich im Gegensatz zu den Früchten gesprochen. Doch könnte, wenn eine andere Stelle deutlich von einem Pfandrechte des Vermieters an den Sachen des Untermieters spräche, vielleicht l. 24 § 1 D. 19, 2 als weiterer Beleg dienen.

Die zweite Hälfte von l. 11 § 5 D. 13, 7, auf die sich die

---

[2]) Wie die Glosse meint.

[3]) Bei Seuff. Arch. III, 48 wird sogar aus dieser Stelle — wohl mit Unrecht — gefolgert, daß der Vermieter gerade auch an den Sachen des Untermieters kein Pfandrecht habe.

[4]) Accursius legt der Stelle den Sinn unter, daß der Verpächter an den Illaten des Unterpächters zwar nicht in Höhe des Hauptpachtzinses, wohl aber des Afterpachtzinses ein Pfandrecht habe. Im vorliegenden Falle seien aber die Sachen des Unterpächters von diesem überhaupt nicht eingebracht, sondern dem Pächter durch besondere Abrede verpfändet worden. — Für die letztere Annahme fehlt jeder Anhalt.

[5]) l. 4 pr. D. 20, 2 ... in praedia urbana inducta ... pignori esse ...: in rusticis praediis contra observatur.

Anhänger des Pfandrechts vornehmlich stützen, hat infolge ihrer knappen Ausdrucksweise sehr verschiedene Übersetzungen und Auslegungen erfahren. Vertreter und Leugner des Pfandrechts haben aus den Worten bisweilen die entgegengesetzten Schlußfolgerungen gezogen, ohne daß eine der beiden mit voller Sicherheit als falsch bezeichnet werden könnte.[6]) Nachdem Ulpian der Zahlung des Untermietzinses von seiten des Untermieters an den Vermieter schuldtilgende Wirkung zugesprochen hat, fährt er mit dem bekräftigenden „plane" fort:

> „Jedenfalls sollen meine (das ist des Untermieters) eingebrachten Sachen nur bis zu dem Betrage haften, für den ich das cenaculum (Quartier s. o. S. 2) gemietet habe."

Frage: Wem? — Die einen sagen: dem Mieter;[7]) denn der vorangehende Satz spreche von dem Pfandrecht des Mieters,[8]) mit „plane" knüpfe der folgende unmittelbar an ihn an; außerdem wolle Ulpian ein weiteres Beispiel für die schuldtilgende Zahlung an einen anderen als den, dem die Sache verpfändet sei, geben. Die anderen meinen: dem Vermieter; die Beziehung auf ihn könne durch jene Ausführungen nicht widerlegt werden, weil Abschweifungen in den Juristenschriften häufig seien, das nähere Eingehen auf die Untermiete in der l. c. selbst eine Abschweifung bedeute. Mir erscheint der Standpunkt der ersteren als der richtige.

Ulpian fährt fort:

> „Denn unmöglich besteht die Abmachung, daß meine Habseligkeiten für die gesamte Hausmiete haften sollen".

Hier entsteht die Frage: Die Abmachung zwischen welchen Personen ist gemeint? Zwischen drei Personen sind drei Kom-

---

[6]) Bes. Fuhrmann, Das ges. Pfandrecht des Vermieters an den in der Mietwohnung eingebrachten Sachen dritter Personen, Diss. Greifswald 1893, S. 20ff.; Oestergren, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters nach röm. R., Erlanger Diss. 1904, nimmt ohne nähere Begründung ein Pfandrecht an den Illaten des Aftermieters an.

[7]) So auch der unbekannte Glossator mit dem Sigel Py. (vgl. u. S. 19 Anm. 9) sub „tenebuntur".

[8]) Gegen den dem Untermieter nach Tilgung seiner Aftermietzinsschuld (an den Vermieter) die actio pigneraticia zugesprochen wird.

binationen möglich; alle drei haben Verteidiger gefunden. Mir scheint unzweifelhaft, daß Satz 2 als Erläuterung des vorangehenden Satzes, insbesondere des Wortes conduxi, auf das Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter, also auf den Untermietvertrag zu beziehen ist. Die Verteidiger des Vermieterpfandrechts behaupten: Seien Satz 1 u. 2 nicht von der Pfandhaftung für den Vermieter zu verstehen, so enthielten sie etwas Selbstverständliches und wären daher sinnlos. Demgegenüber ist wieder auf den Zusammenhang hinzuweisen: Ulpian hat vorher gesagt, daß des Aftermieters Zinsschuld als getilgt gelte, wenn er sie an den ersten Vermieter geleistet habe. Da könnte die Frage auftauchen: Wenn dem Vermieter Befriedigung seiner Zinsforderung von seiten desjenigen, den sein Mieter in die gemietete Wohnung gegen eine Geldleistung aufgenommen hat, in Aussicht steht, sind ihm da auch die Sachen dieses Dritten verpfändet? Mit „plane“ . . . beugt Ulpian diesem Einwurf vor, und statt genauer zu sagen, „meine (des Untermieters) Sachen haften nicht dem (ersten) Vermieter“, führt er konkreter aus: „Natürlich haften meine Sachen nur bis zur Höhe meines Mietzinses; Haftung für den gesamten Mietzins des Hauses“ (auch dies konkret statt: für den dem Vermieter aus dem ersten Mietvertrage zustehenden Zins) „ist undenkbar“.

Am strittigsten ist die Auslegung des letzten Satzes:

> „Offenbar aber besteht auch mit dem Eigentümer (= Vermieter) der Baulichkeiten die stille Übereinkunft, daß ihm, dem Eigentümer, nicht der Untermietvertrag (sc. des Untermieters mit dem Mieter) zugute kommen solle, sondern nur sein eigener“.

Ist hier wirklich ein stillschweigender Vertrag anzunehmen? Wer ist dann der andere Kontrahent? Oder soll tacite convenisse . . . nur bedeuten, es bestünde unter den Beteiligten, einschließlich des Vermieters (den die Beziehungen zwischen Mieter und Untermieter grundsätzlich nicht berühren), stilles Einverständnis darüber, daß der Vermieter aus den Vorteilen, die der Mieter aus der Untermiete genießt, keinen Teil habe? Nimmt man aber einen stillschweigenden Vertrag an, so gelangt man, wenn man in diesem, wie in der pactio sua propria (als Haupt-

mietvertrag) den Mieter als anderen Kontrahenten ansieht, fast zu dem gleichen Ergebnis. Die letztere Auslegung vertreten die Gegner des bestrittenen Pfandrechts. Sie sehen in Satz 3 nur einen sich unmittelbar an Satz 2 anschließenden weiteren Grund des Juristen für die Ablehnung des Vermieterpfandrechts, die nach ihrer Meinung Satz 1 enthält. Bei dieser Auslegung von Satz 3 ist vorausgesetzt, daß der ut-Satz (wie in Satz 2) den Inhalt des convenisse bringt und hoc sich auf diesen bezieht.

Die Anhänger des Vermieterpfandrechts dagegen erblicken in dem Untermieter den anderen Kontrahenten des convenisse[9]) und der pactio sua propria, legen „ut" konsekutiven Sinn bei und sehen in „hoc" einen Rückweis auf den Inhalt der vorangegangenen Sätze, in denen Ulpian nach ihrer Meinung dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an der Habe des Untermieters bis zur Höhe des Untermietzinses zuspricht. Sie übersetzen daher: „Offenbar ist dies auch der Gegenstand einer stillschweigenden Vereinbarung zwischen mir (dem Untermieter) und dem Vermieter, so daß nicht der Untermietvertrag dem Vermieter nützt, sondern sein eigener (mit mir)".

Ich möchte mich für die das Vermieterpfandrecht verwerfende Auslegung als die einfachere und weniger der Ergänzung bedürfende

---

[9]) Die Glosse meint, die actio pign. gegen den Mieter sei, da dieser an den Sachen des Untermieters possessio nicht erwerbe, nur durch eine stillschweigende traditio der Sache von seiten des Untermieters an den Mieter zu erklären. Eine solche finde aber an den Vermieter nicht statt, da (!) diesem eine persönliche Forderung gegen den Untermieter nicht zustehe. Infolgedessen sei dem Untermieter auch die actio pign. gegen den Vermieter nicht gegeben. Hierauf läßt die Glosse unvermittelt die Behauptung eines Pfandrechts des Vermieters an den Illaten des Aftermieters folgen und verteidigt den im vorstehenden eingenommenen Standpunkt als den des Azo gegen den des Py, der dem Vermieter kein solches Pfandrecht einräumen will, damit, daß die im Digestentext aufgeworfene Frage nach dem Maß der Illatenhaftung, nämlich, ob sie in Höhe des Miet- oder Untermietzinses bestehe, sonst sinnlos wäre. Diese Frage erledige sich nun in letzterem Sinne durch eine stillschweigende Übereinkunft zwischen Untermieter und Vermieter. — Bartolus meint, daß diese stillschweigende Vereinbarung das Vermieterpfandrecht an den Sachen des Untermieters überhaupt erst schaffe, da ein anderer Entstehungsgrund nicht vorhanden sei. — Beide Auslegungen sind in gleichem Maße gekünstelt.

aussprechen. Entscheidend für mich ist folgende Erwägung: Angenommen, Ulpian spräche in l. c. dem Vermieter ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters bis zum Betrage des Untermietzinses, wie die meisten annehmen, zu. Zahlte nun der Untermieter seine Mietschuld an den Vermieter, so stände ihm nach der Meinung der Mehrzahl erforderlichenfalls die actio pigneraticia directa gegen den Vermieter ebenso zu Gebote wie gegen den Mieter. Die Befugnis zu ihrer Geltendmachung gegenüber dem Mieter spricht der Jurist dem Untermieter ausdrücklich zu. Da sollte Ulpian unterlassen haben zu erwähnen, daß er auch dem Vermieter gegenüber diesen Anspruch mit der Zahlung erhält, obwohl den Mittelpunkt seiner ganzen Erörterung die Tilgung der gesicherten Schuld als Voraussetzung für die Erhebung der actio pigneraticia directa bildet?

Der Ausweg, das Pfandrecht als Afterpfandrecht zu erklären,[10]) scheint mir noch mehr in unsere Stelle hineinzutragen, als bei Annahme eines primären Pfandrechts erforderlich wäre.

Ein gesetzliches Pfandrecht des ersten Vermieters läßt sich daher aus l. 11 § 5 D. 13, 7 ebensowenig sicher ableiten wie aus den beiden zuvor angeführten Stellen. Jenes Recht ist aber so singulär, daß man in Ermanglung einer ausdrücklichen Feststellung im Gesetz nicht an sein Bestehen glauben kann. Daran ändert nichts, daß ein praktisches Bedürfnis für die Pfandhaftung der Habe des Untermieters vorgelegen haben mag, namentlich im Falle gewerbsmäßiger Untervermietung, bei welcher der Mieter selbst keine Sachen einbrachte; es ist anzunehmen, daß man sich hier durch vertragsmäßige Festlegung half.

Schon in den Schol. zu den Basilik.[11]) wird aus l. 11 § 5 D. 13, 7 auf ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters geschlossen. Im gemeinen Recht, wie bereits in der Glosse (oben N. 9) so in der modernen Theorie (oben N. 10) hat sich eine einheitliche Ansicht über Vorhandensein und Wesen des Vermieterpfandrechts an den Illaten des Untermieters nicht gebildet. Doch überwiegt heute (vgl. oben N. 10) die Annahme eines

[10]) Puchta, Pand. § 201 Nt. 4; Vangerow I § 376 Nt. 1a; Sintenis, Zivilr. I § 71 Nt. 5; Seufferts Arch. III, 48.

[11]) Sch. 10 ad Bas. XXV, 1, ed. Heimbach III S. 59.

primären Pfandrechts.[12]) Für ein solches hat sich auch die heutige Rechtsprechung[13]) nach früherem Schwanken[14]) erklärt.

§ 6.

5. Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter auf Herausgabe der Mietsache nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses?

Nach der Beendigung des Hauptmietverhältnisses hat der Vermieter gegen den Mieter einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache, dagegen in Ermanglung einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nicht gegen den Untermieter: nach dem Grundsatze (cf. § 3) tertio non contrahitur obligatio. Es stehen ihm vielmehr nur etwaige dingliche Rechte gegen den Untermieter zu Gebote. Dauert nach dem Untermietvertrag der Anspruch des Untermieters gegen den Mieter auf Überlassung der Sache über jenen Zeitpunkt hinaus fort, so verwandelt er sich in einen Anspruch auf Ersatz des Interesses gegen den Mieter.[1]) Dieser haftet dem Untermieter nach den Grundsätzen der Haftung für Unmöglichkeit der Erfüllung.[2])

Das gemeine Recht stimmt hierin überein.[3])

Das römische Recht gibt also dem Mieter das Recht zur Weitervermietung, eingeschränkt durch das Wesen des Miet-

[12]) Die offenbar auch von Strycк XIII s. 2 c. 9 § 7 a. E. geteilt wird.

[13]) Seuff. Arch. XXXIX, 81, LI, 103. Im ersteren Falle unter Ablehnung eines Vermieterpfandrechts an dem Untermietzins.

[14]) Seuff. Arch. III, 48, Annahme eines Afterpfandrechts.

[1]) z. B. l. 7 D. 19, 2 a. E. . . . ipse Titio tenearis in sexaginta; vgl. RG. 41 S. 147ff.; ferner Seuff. Arch. 45, 178 für den analogen Fall, daß der Nießbraucher verpachtet hat und der Nießbrauch vor der vereinbarten Pachtzeit zu Ende geht.

[2]) Vorausgesetzt, daß dem Untermieter der Ablauf der Gebrauchsberechtigung seines Vermieters vor dem vertragsmäßigen Ende des Untermietverhältnisses bei Abschluß des Untermietvertrages unbekannt war (RG. a. a. O.).

[3]) vgl. die Entsch. in N. 1.

vertrages als bonae fidei negotium. Für Verschulden des Untermieters bei Beschädigung der Sache steht der Mieter nur insoweit ein, als er selbst bei der Untervermietung, insbesondere der Wahl des Untermieters, ein Verschulden begangen hat. Der Untermieter hat das Recht, mit schuldtilgender Wirkung an den Vermieter zu leisten. Daß der Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an den von dem Untermieter eingebrachten Sachen habe, ist für das römische Recht zu verneinen, für das gemeine Recht dagegen als sicher anzunehmen. Dem Vermieter steht nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Untermieter nicht zu.

II. Die Untermiete im älteren deutschen Recht.

§ 7.

In den germanischen Rechtsordnungen des Mittelalters ist die Untermiete, die hier wie die Miete erst spät neben die Leihe tritt,[1]) in gleichem Umfange wie die Unterpacht ohne die Zustimmung des Vermieters verboten.[2]) Die Miete und daher auch die Untermiete ist nicht, wie im römischen Recht, ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis. Wie dem Mieter, so steht vielmehr dem Untermieter neben der Gewere des Vermieters (Eigengewere und leibliche Gewere) eine Gewere (beschränkte Nützungsgewere, ebenfalls eine leibliche Gewere) zu.[3]) Würde nun der Untermieter die Sache nach Beendigung der Hauptmiete nicht herausgeben, so könnte der Eigentümer die Gewere des Untermieters nur brechen, wenn der Rechtsgrund für diese fortgefallen (Gierke S. 206 N. 83), wenn also das Untermietverhältnis erloschen wäre. Da bei unbeschränkter Zulässigkeit der Untermiete dieser Zeitpunkt von der freien Vereinbarung zwischen

---

[1]) vgl. Arnhold, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, passim; Fischer, Soll Kauf Pacht und Miete brechen? S. 44ff.; vgl. oben § 1 der Darstellung zu Nt. 4 u. 4a.

[2]) v. Brünneck in Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. I S. 186—188, an den sich die folgende Darstellung anschließt.

[3]) Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 1905 S. 192, 200 Nr. 58, 55.

dem Mieter und dem Dritten abhängen und daher von ihnen in eine nach der Beendigung des Hauptverhältnisses liegende Zeit verlegt werden könnte, so würde der vermietende Eigentümer trotz Ablaufs der materiellen Berechtigung seines Vertragsgegners die Sache nicht zurückerlangen können. Die Gewere des Untermieters von Fahrnis würde er nach dem Grundsatze „Hand wahre Hand“ selbst dann nicht brechen können, wenn das Untermietverhältnis erloschen wäre (vgl. Gierke a. a. O. S. 206 zu N. 86). Hieraus erklärt sich die ablehnende Haltung des deutschen Rechts gegenüber der Untermiete. Von nordischen Rechten seien genannt: Gragas Landabrigtha — Balkr. c. 45, Jarnsida Landabrigtha — Balkr. c. X, Gulathingsges. 72: „Von dieser Erde mag kein Mann abverpachten einem anderen, außer wenn er dies ausbedang, als er pachtete, daß er dürfe an einen andern Mann weiterverpachten“.[4]) Übertretung des Verbotes hatte nach diesen Rechten (insbesondere Gulathingsges. 72) zur Folge, daß zwar der Unterpächter das Pachtgut zu verlassen und der Pächter (auch der Unterpächter Amira II, S. 746) eine Buße an den Verpächter zu zahlen hatte, aber nur, wenn er diese Buße nicht entrichtete, sein Pachtrecht verlor. Dagegen wurde nach Costuymen Locael der Gront-heerlijckheyt van Reufel a. 63 bei verbotswidriger Aftervermietung auch nur eines Teiles des Mietgrundstückes das Mietverhältnis („die Heuer“) „gebrochen“. Die Stelle lautet:

a) Randnote: Niet voorts te verhueren sonder permissie van den eighenaer.

---

[4]) zit. nach v. Brünneck a. a. O. Für die Pacht dürfte der Grund insbesondere in der dem Pächter obliegenden Pflicht zur Bewirtschaftung zu suchen sein; v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 1 S. 620f., Bd. 2 S. 746, 750. Daß der Pächter das Aufsetzen eines gefährdeten Schiffes nur für eine bestimmte Zeit erlauben durfte, daß er Gastereien außer in den Fällen, in denen diese gesetzlich vorgeschrieben waren, auf dem Pachtgute nicht veranstalten durfte, soll hier, in der Darstellung der Untermiete, nur gestreift werden. — Dagegen durfte nach westnordischem Recht des 13. u. 14. Jahrhunderts nicht nur der Mieter eines Haustiers (Bd. 2 S. 767) oder eines Schiffes (S. 769) den Gebrauch der Mietsache einem Dritten gestatten, sondern auch der Hausmieter andere Leute nach eigenem Belieben aufnehmen (S. 770 a. a. O.).

b) Text: Den huerlinck ghehuert hebbende een erfgoet ende t'selve in heel oft in deel voorts verhuert sonder consente van sijnen Mr. want die voorschreve Mr. belieft breeckt die hueringhe ten waere dat andersints inde huer — cedulle ghespecificeert oft gheconditioneert stont.

zitiert nach Christyn Brabandts Recht usw. Bd. 2.

In den Städten kam es häufig vor, daß jemand ein ganzes Haus mietete und die einzelnen Räume an Untermieter überließ.[5]) Das Freiberger Stadtrecht c. I a. 30 f. zeigt bereits eine unmittelbare Klage des „Hausherrn" gegen den „Hausgenossen" des Wirts (Mieters) auf Herausgabe der Sache nach Beendigung der Mietzeit:

H. Ermisch, Freiberger Stadtrecht 1889 S. 30 ff. a. 31: Chein man der husgenoze heizet der mit dem andern (zu ergänzen aus Art. 30 wirt = Mieter) inne ist in sinen vir wenden der inmac cheinen tac behalden zu keiner cit. Wenne he iz verwirkit oder sin tac kumit, so muz he uz. Oder kumen si zu gerichte der husherre klage also: Her richter ich klage uch zu den manne daz he in mine huse ist mit mir in minen vir wenden wider minen willen. So mac ienre sprechen: he wolle sinen tac behalden. So bite der husherre einis vrteilis wen he wirt si in sime huse vnde ienre husgenoz, ab he keinen tac behalden muge. So sal man im teilen: Daz he noch kein husgenoze keinen tac behalden muge wider sines wirtes willen, vnde sal im gebiten zu rumene in drin tagen. Tut he is nicht, he verbuzit sechzik schillinge.

Die Goslarischen Statuten gestatten dem Vermieter wegen des Mietzinses auch die Sachen des Untermieters („eingemieteten Mannes") bis zur Höhe des Untermietzinses zu pfänden und geben dem letzteren bei Überpfändung einen Ersatzanspruch gegen den Mieter.

Göschen S. 21 Z. 24 (vgl. S. 413 N. 6):

---

[5]) v. Brünneck a. a. O. S. 152.

Menne scal nemanne umme hustins panden, denne den wert oder de werdinnen oder den de dar in ghemedet heft unde selve up der were wonet. Wörde ok de inghemedede man umme mer tinses ghepandet denne he wente uppe de tid deme werde ghelovet hedde alse men ene pandet, dat scolde eme de wert irlekghen, unde dar ne mochte eme de wert nicht vore inne sitten.

Hier wird also deutlich zwischen dem Rechtsverhältnis des Vermieters zum Mieter auf der einen und dem des Mieters zum Dritten auf der andern Seite unterschieden.

Bei der Aufnahme des römischen Rechts wurde von der Mehrzahl der Rechte[6]) die Untermiete mangels entgegenstehender Verabredung für zulässig erklärt, während das bisherige Recht von der Unzulässigkeit der Untermiete ausgegangen war und einer Vereinbarung des gegenteiligen Inhalts Raum gab. So bestimmte

die Nürnberger Reformation von 1522 t. 25 g. 3[7]): Wo jemandt ein Haws, Wonung oder Gemach besteet, so soll er das die zeit soellicher bestentnuß personlich besitzen, oder er mag das andere zimlichen Personen zu redlichem geprauch, an seiner stat dieselben zeyt verlassen, damit der Hawssherr eynichs mißbrauchshalb nit beschwert werde.

die Nürnberger Reformation von 1564 t. 17 g. 3: So ainer ain Hauß, Wonung oder Gemach umb ain zinß besteet, der oder seine Erben mögen dasselbig personlich besitzen oder andern an jrer stat inzeit des bestands zu bewhonen, vergönnen oder hinlassen. Es were dann anfangs durch den Haussherren ein anders bedingt worden.

Vnd dergestalt, das solches nachuerlassen, redlichen personen, und zu gleichem zimlichen geprauch

---

[6]) Stobbe-Lehmann, Handb. des deutschen PrivR. 3. Aufl. 1893ff. III S. 337.

[7]) vgl. oben die Glosse S. 6: idoneo — ad eundem usum.

geschehe, das auch der erst besteer dadurch nit geledigt, Sonder yeden zeyt vmb den haußzins vnd andere mengel gegen dem Haußherren verpflicht sein vnd pleiben soll.

Bedeutsam ist in der letzteren Stelle die Betonung des dispositiven Charakters der Bestimmung und der Hinweis darauf, daß das Hauptmietverhältnis unberührt bleibt. Ferner wird noch ein Vermieterpfandrecht in demselben Umfange festgesetzt, wie es bereits die Goslarer Statuten zeigten:

Nürnb. Ref. v. 1564, t. 21 g. 1 Abschn. 4. Vnd ob der besteer sein bestandgut ainem andern vergünt oder hingelassen hete, So sollen desselben nachvolgenden Inwoners eingefürte farnus, umb den zinß, solang Er das bestandgut Ingehabt, allermaßen verheft sein, als des ersten besteers, Vnd ob daran dem Hausherren Nichts abgieng, das soll der erst Besteer zuerstatten schuldig sein.

Die Frankfurter Reformation von 1578/1611 Teil II t. 14 § 9 bestimmte:

Die Recht lassen dem Bestender zu, das bestanden Gut, da es seine Gelegenheit nicht ist, dasselbig die bestimpte Zeit auß inn zubehalten, fürters einem andern, die Zeit vber seiner Bestendtnuß, zu verleyhen, (es were ihm denn solchs in der Leyhe austrücklich verbotten vnd benommen worden:) Doch daß solches ehrbare vnd redlichen Personen, so dem Leyher vnbeschwärlich seyn mögen, auch vngefährlich zu gleichmeßigem Gebrauch wie es der Bestender inngehabt, geschehe. Es soll aber nicht destoweniger er der Principal Bestender, für den Bestandtzins, auch alle Schäden vnd Mängel, so durch den Zweyten dem Bestandgut möchten zugefügt werden, gut und verpflicht seyn.

Die Voraussetzung, daß die Personen dem Vermieter „unbeschwärlich sein mögen“, kehrt in BGB. § 549 Abs. 1 Satz 2 wieder, wonach der Vermieter die Erlaubnis zur Gebrauchs-

überlassung bei Vorliegen eines (für ihn) wichtigen Grundes in der Person des Dritten verweigern kann, ohne dem Kündigungsrecht des Mieters ausgesetzt zu sein. Der Schluß der Stelle geht über die römischrechtliche culpa in eligendo hinaus und läßt den Mieter, wie nach dem BGB. § 549 Abs. 2, für Beschädigung durch den Drittgebraucher haften.

Schließlich bestimmt die Gerichts- und Landordnung der Grafschaft Solms von 1599 Teil 2 t. 5 Abschn. 12 (unter der Randnote (locatio conductio):

> Weiter lassen die Recht zu, daß der Beständer, das bestanden Gut, (da es ihme selbst zubehalten vngelegen were) fürter einem andern, die Zeit vber seiner Beständnuß (doch nicht lenger) verleyhen mag, Es were dann, in der Verleyhe solches zuthun ihme benommen worden.

Dagegen halten die Langensalzaer Statuten von 1556 an der dem früheren Recht eigenen Gestaltung des Instituts fest: Sie untersagen die Untermiete mangels ausdrücklicher Verabredung des Gegenteils und knüpfen an die Übertretung des Verbots den Verlust des Mieterrechts und eine Schadensersatzpflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter:

> (Walch, Vermischte Beiträge zu dem deutschen Recht Teil 7, Jena 1781, S. 282): c. 14: Diejenigen, so etwas Miethweise angenommen haben, es sey gleich beweglich oder unbeweglich, mögen dasselbige ohne wissen und vergünstigung ihres Vermieters, einem anderen vörder nicht vermieten, geschehe es darüber, sie würden des Gebrauchs und Nutzung, ihrer Miete verlustig, und müßten den Schaden dem Vermieter, so ihme daraus erwachsen, nach Erkänntniss eines Raths gelten und erlegen.

Eigenartig ist die Gestaltung, die das Institut im Churkölnischen Landrecht durch autentische Interpretation erfahren hat:

> (Abdruck Troschel, Trier 1854) XIV zu § 1: Was aber die ausvermietete Häuser betrifft, so gehet unsere gnädigste Verordnung dahin, daß weilen oftmals dem Anmieter solche Umstände vorfallen, um ohne großen

Schaden selbst mit den Seinigen an Ort und Enden nicht verbleiben zu können, der Vermieter aber in solchen Fällen zur Erhaltung mehreren Vorteils sich gar zu eigenwillig betragen möchte, daß dahero der Anmieter ante Sublocationem solche dem locatori bedeuten, und da dieser darin nicht geheelen würde den behörigen Richtern angehen solle, welcher dann die Parteyen nur summarisch und mündlich hören, fort nach also untersuchten Umständen dem Vermieter aufgeben mag, entweder von den erstern Verpfachtungen abzustehen oder aber die angezeigte Sublocation dem Anmietern zuzulassen, dergestalt jedoch, daß der erste Mieter für den Hauszins haften solle.

Die Zulässigkeit der Untermiete ist hiernach an die doppelte Voraussetzung geknüpft, daß der Mieter anderenfalls, ohne großen Schaden zu erleiden, nicht am Orte bleiben kann, und der Vermieter ihn in gar zu eigennütziger Weise, also ohne selbst erheblichen Schaden zu erleiden, festhält. Verweigert der Vermieter nach summarischer Feststellung dieser Voraussetzungen seine Zustimmung, so erlischt die Hauptmiete.

§ 8.

III. Die Untermiete in Gesetzen des 19. Jahrhunderts.

Der code civil hat den römischen Grundsatz aufgenommen, daß die Untermiete mangels entgegenstehender Verabredung zulässig ist; weiter aber stellt er die Abtretung der Rechte[1]) des Mieters der Untervermietung ausdrücklich gleich.[2]) Von besonderem Interesse für das geltende Recht ist die Bestimmung,

[1]) Nur diese können abgetreten werden, und nur so ist daher ceder son bail (s. u.) zu verstehen; Zachariae-Crome Franz. Zivilr. 8. Aufl. 1894 II § 348, S. 555 f.

[2]) a. 1717 le preneur (Mieter oder Pächter) a le droit de sous-louer et même de céder son bail (Pacht- oder Mietvertrag) à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. — Elle peut être interdite pour le tout ou partie. — Cette clause est toujours de rigueur.

daß die das Untervermiet- bezw. Zessionsrecht ausschließende Vertragsklausel est toujours de rigueur. Bezeichnet daher der Mieter dem Vermieter eine Person mit der Bitte, ihm die Gebrauchsüberlassung an diese zu gestatten, so darf der Vermieter dies ausschlagen, ohne Billigkeitsrücksichten Raum geben zu müssen.[3])

Nimmt der Mieter der Klausel zuwider — mag dieselbe die Untermiete überhaupt verbieten, oder an die Erlaubnis des Vermieters knüpfen — einen Aftermieter auf, so ist in der Regel auf Antrag des Vermieters der Hauptvertrag für aufgelöst zu erklären, was dem fristlosen Kündigungsrecht des Vermieters aus BGB. § 553 entspricht.[4]) Doch kann die Auflösung versagt werden, wenn die Untermiete sich nur auf einen unbedeutenden Teil der Mietsache erstreckt.[5])

Die grundsätzliche Selbständigkeit des Untermiet- gegenüber dem Mietverhältnis wird durch die an das römische Recht anklingende Bestimmung durchbrochen, daß der Untermieter dem Vermieter für den Hauptmietzins bis zum Betrage des Untermietzinses, soweit er diesen im Augenblick der Pfändung schulden würde, haftet und sich auf Zahlungen, die er vor Fälligkeit geleistet, nur berufen kann, wenn sie einer Vertragsbestimmung

---

[3]) Zachariae-Crome a. a. O. — Weder das ALR. noch das BGB. kennt eine entsprechende Gesetzesbestimmung. Da sie aber die Unzulässigkeit der Untermiete zur Regel erheben, geht die in der Literatur herrschende und kürzlich vom RG. für das BGB. übernommene Ansicht (s. u.) dahin, daß in dem vertragsmäßigen Verbot der Untermiete im Zweifel nicht ein gesetzlicher Ausschluß derselben, sondern die Wiederholung der von weitgehenden Ausnahmen durchbrochenen gesetzlichen Regel zu erblicken sei.

[4]) a. 1184: la condition résolutoire est toujours sous — entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lors qu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. Und speziell a. 1729: Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

[5]) Zachariae-Crome a. a. O.

oder dem Ortsgebrauch entsprechen. Der code civil geht dabei über das römische Recht hinaus, indem er dem Vermieter eine un-, mittelbare Klage auf diese Leistung gegen den Untermieter gibt, und zwar ohne dem letzteren die Einrede der Vorausklage zu gewähren.[6]) Der code civil befindet sich ferner mit dem gemeinen Recht in Übereinstimmung, wenn er von den Mobilien, an denen er dem Vermieter ein Vorzugsrecht gibt, die dem Untermieter gehörigen, bis zu dem Betrage, den er (dem Mieter) schuldet, nicht ausnimmt.[7]) Dagegen geht er wieder über das römische Recht darin hinaus, daß er den Mieter nicht nur für culpa in eligendo, sondern, wie das Bürgerliche Gesetzbuch, für alle Beschädigungen und Einbußen, die die Sache durch das (schuldhafte) Verhalten des Untermieters erleidet, haften läßt.[8]) Hat sich der Untermieter durch sein Verhalten zugleich eine Verpflichtung gegen den Mieter zugezogen, so kann der Vermieter nach einer allgemeinen Bestimmung (a. 1166) auch aus dieser Verpflichtung eine unmittelbare Klage gegen den Untermieter herleiten.[9])

Das österreichische allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811), das Zürcherische Obligationenrecht (1855), das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (1863), der Codice civile del Regno d'Italia (30. 11. 1865,) der Codigo civil Portuguez (1. 7. 1867), das schweizerische Gesetz über das Obligationenrecht (1881) der hessische

---

[6]) a. 1753: Le sous-locataire (Untermieter) n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence (bis zum Betrage) du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie (Beschlagnahme, Pfändung) et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation. — Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée (festgesetzt) en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. — Zachariae-Crome S. 557.

[7]) a. 2102: Les créances priviligiées sur certains meubles sont: 1. Les loyers . . . des immeubles . . . sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée . . .; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir . . . — Zachariae-Crome a. a. O. § 348.

[8]) a. 1735: Le preneur est tenu des degradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de la maison ou de ses sous-locataires

[9]) a. 1166: . . . les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. — Zachariae-Crome § 347 f.

und bayrische Entwurf, sowie der Código civil español (26. 5. bezw. 24. 7. 1889) nehmen sämtlich die römischrechtliche dispositive Zulässigkeit der Untermiete zum Ausgangspunkt ihrer Bestimmungen über dieses Institut. Zum Teil machen sie diese Zulässigkeit aber davon abhängig, daß für den Vermieter (schweizer. Ges.) oder für die Mietsache keine nachteilige Veränderung entsteht (sächs. Bürgerliche Gesetzbuch), oder daß gegen die Person des Dritten keine erhebliche Einwendung vorliegt (bayr. E.; vgl. BGB. § 549, 1: wichtiger Grund in der Person des Dritten). Das italienische und das spanische Gesetz verlangen für das vertragsmäßige Verbot der Untermiete ausdrückliche Festsetzung, verleihen also einer stillschweigenden Verabredung desselben keine Wirkung.

Den Grundsatz der Unzulässigkeit der Untermiete und Abtretung der Vertragsrechte des Mieters beim Fehlen einer entgegenstehenden Abrede hält dagegen das Bürgerliche Gesetzbuch der Niederlande von 1838 fest. Im Falle unerlaubter Untervermietung kann der Vermieter das Hauptmietverhältnis aufheben. Als Ausnahme hat das Gesetz die römischrechtliche Regelung für die Wohnungsmiete angenommen, jedoch nur unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Mieter nur einen Teil der Wohnung weiter vermietet und selbst in der Wohnung wohnt.

Regelmäßig betonen die Gesetze auch die Selbständigkeit des Untermiet- von dem Hauptmietverhältnisse. Das italienische und das schweizerische Gesetz macht die Abtretung von den gleichen Voraussetzungen abhängig wie die Untermiete. Der bayrische Entwurf gibt dem Vermieter bei vertragswidriger Untermietung das Recht (mangels näherer Bestimmung offenbar von dem Mieter) zu verlangen, daß der Dritte räume oder die Sache dem Mieter zurückgebe.[10])

---

[10]) Die Gesetzesstellen lauten:

Österr. GB. § 1098: Mieter und Pächter sind berechtigt, die Miet- und Pachtstücke . . . in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann oder in dem Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist.

Zürch. OblR. § 1498: Der Mieter darf die gemietete Sache, wenn der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, weiter vermieten, bleibt

Die Haftung des Mieters für Beschädigungen der Mietsache, die in der Hand des Dritten eintreten, regeln das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, der hessische und bayrische Entwurf

---

aber persönlich auch für den Aftermieter dem Vermieter verhaftet. § 1499: Die Zulässigkeit der Aftermiete setzt voraus, daß dieselbe den natürlichen Verhältnissen gemäß an eine Person oder Familie geschehe, von welcher sich eine gehörige Benutzung der Sache, z. B. der Wohnung, voraussetzen läßt.

Sächs. BGB. § 1194: Unterpacht und Untermiete ist gestattet, ausgenommen, wenn etwas anderes vereinbart ist oder wenn der Vertragsgegenstand dadurch mehr, als wie sonst der Fall wäre, leiden würde. . . . Durch Unterpacht oder Untermiete entsteht bloß ein Rechtsverhältnis zwischen Unterverpächter oder Untervermieter und Unterpächter oder Untermieter.

Schweizer. Gesetz über OblR. a. 285: Der Mieter ist berechtigt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiter zu vermieten (Untermiete, Aftermiete), vorausgesetzt, daß dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird. . . . Die Abtretung der Miete wird als Untermiete behandelt.

Hess. E. a. 158: Gibt jemand einen von ihm in Bestand genommenen Gegenstand wieder einem anderen in Bestand, so entsteht ein Afterbestandsvertrag. Ein solcher Vertrag ist nur zulässig, insoweit dessen Eingehung dem Bestandnehmer in dem Bestandsvertrage nicht untersagt worden ist oder insofern dieser nicht ausdrücklich darauf verzichtet hat. Im übrigen leiden auf den Afterbestandvertrag auch die Vorschriften über den Bestandvertrag Anwendung.

Bayr. E. a. 433: Der Mieter ist berechtigt, den ihm vertragsmäßig zustehenden Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen, sofern nicht erhebliche Einwendungen gegen die Person des letzteren begründet sind. Das Verhältnis des Vermieters zu dem Mieter erleidet durch eine solche Überlassung keine Veränderung. . . . a. 434: Hat der Mieter die Sache weiter vermietet (Aftermiete), so ist das Verhältnis zwischen dem Aftervermieter und dem Aftermieter nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, wie jenes zwischen dem Vermieter und Mieter. . . . a. 435: Hat der Mieter vertragswidrig den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen. . . . s. u. . . . Der Vermieter kann . . . verlangen, daß der Dritte die Sache sofort räume oder dem Mieter zurückgebe.

C. c. d. R. d'It. a. 1573:

Il conduttore ha diritto di sublocare e di cedere il suo affitto ad un altro, se tale facoltà non gli è tata vietata.

Gli può essere vietata in tutto o in parte; ma il divieto no ha luogo senza un patto speziale.

sowie das italienische, portugiesische und niederländische Gesetz wie das Bürgerliche Gesetzbuch als volles Einstehen für Verschulden des Dritten. Der bayrische Entwurf zieht eine richtige

---

Cod. civ. Portug. a. 1605:

Se no contracto não houver clausula alguma prohibitiva da sublocação, o locatorio poderá sublocar livremente, ficando,porém, sempre responsavel para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo, e mais obrigações derivadas da locação.

Wenn in dem Vertrage nicht eine das Verbot der Untermiete enthaltende Klausel sich befindet, kann der Mieter unbeschränkt weitervermieten, bleibt dem Vermieter jedoch für die Zahlung des Mietzinses und die übrigen aus der (Haupt)Miete entsprungenen Verbindlichkeiten verpflichtet.

C. c. sp. a. 1550.

Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohiba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo ó en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador.

Wenn es in dem Sachmietvertrage nicht ausdrücklich verboten ist, kann der Mieter die gemietete Sache im ganzen oder in Teilen weitervermieten, unbeschadet seiner Verpflichtung zur Vertragserfüllung gegenüber dem Vermieter.

Het nederlandsch Burgerlijk Wetboek a. 1595:

De huurder mag, indien hem dit vermogen niet is toegestaan, het goed niet weder verhuren, noch zijne huur aan een ander afstaan, op straf van vernietiging der huurovereenkomst, en vergoeding van kosten, schaden on interessen, zonder dat de verhuurder, na die vernietiging, verpligt zij de onderhuur gestand te doen.

Indien het gehuurde in een huis of in eene woning bestaat, welke de huurder zelf bewoont, kan hij en gedeelte daarvan, onder zijne verantwoordelijkheid, aan een ander verhuren, indien hem dat vermogen niet bij de overeenkomst is ontzegd geworden.

Der Mieter darf, sofern ihm diese Befugnis nicht zugestanden ist, die Sache nicht weitervermieten oder seine Miete an einen anderen abtreten, bei Strafe der Aufhebung des Mietvertrages und der Erstattung von Kosten, Schaden und Zinsen, ohne daß der Vermieter nach der Aufhebung verpflichtet wäre, den Untermietvertrag zu erfüllen.

Wenn die Mietsache in einem Haus oder einer Wohnung besteht, welche der Mieter selbst bewohnt, kann er einen Teil davon unter seiner Verantwortlichkeit an einen anderen vermieten, wenn ihm diese Befugnis nicht beim Vertragsschluß entzogen worden ist.

Konsequenz, wenn er die Haftung des Mieters auch auf den Schaden an der Sache erstreckt, der aus Anlaß vertragswidriger Untervermietung, wenn auch durch Zufall, eintritt. Das schweizerische Gesetz läßt den Mieter dafür haften, daß der Gebrauch des Dritten sich innerhalb der Grenzen des Mieterrechts bewege, und gibt dem Vermieter einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten. Ähnlich gibt das spanische Gesetz dem Vermieter einen unmittelbar gegen den Untermieter gerichteten Anspruch auf Erfüllung der dem Mieter gegenüber dem Vermieter hinsichtlich des Gebrauchs und der Aufbewahrung der Mietsache obliegenden Obhutspflicht. Das sächs. Gesetz spricht wie das BGB. (§ 553) ausdrücklich aus, daß das vorzeitige Kündigungsrecht des Vermieters bei hartnäckigem Mißbrauch der Sache durch den Mieter auch dann gegeben sei, wenn der Mißbrauch von dem Untermieter ausgeht.[11])

[11]) Die Bestimmungen lauten:

Österr. GB. § 1111: Wird das Mietsstück beschädigt oder durch Mißbrauch abgenützt, so haften Mieter . . . sowohl für ihr eigenes als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall

Zürch. OblR. s. o. § 1498 S. 31 N. 10.

Schweizer. Ges. a. 285, 2: Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebrauche, als dem Mieter gestattet ist. Der Vermieter ist auch unmittelbar berechtigt, den Untermieter dazu anzuhalten.

Hess. E. a. 176: Hat der Bestandnehmer den Bestandgegenstand in Afterbestand gegeben . . ., so haftet er dem Bestandgeber auch für die Verschlechterung, welche der Bestandgegenstand durch die Pflichtversäumung des Afterbestandnehmers erleidet.

Bayr. E. a. 433, 2 s. o.: im Falle der Aftervermietung haftet der Mieter dem Vermieter für jeden Schaden, welchen der Aftermieter oder solche Personen, für deren Handlungen dieser einzustehen hat, der Sache zufügen.

a. 435 Abs. 1 (vgl. o): Hat der Vermieter vertragswidrig den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so haftet er dem Vermieter auch für den zufälligen Schaden, welchen die Sache aus Anlaß dieser Vertragswidrigkeit erleidet.

C. c. d. R. d'Italia a. 1588 Abs. 2;

È pur obligato pe' deterioramenti e per le perdite cagionate dalle persone della sua famiglia o da' suoi subconduttori.

C. c. Portug. a. 1608:

O arrendatario é obrigado: Der Mieter ist verpflichtet:

Das italienische, das spanische und das niederländische Gesetz geben dem Vermieter einen Anspruch auf den Untermietzins in den Grenzen des Art. 1753 des code Napoléon und in zum Teil wörtlicher Anlehnung an diesen (s. S. 30). Das nieder-

---

1. . . .

2. A responder pelos prejuizos que sobrevierem á cousa arrendada, por sua culpa e negligencia, ou de seus familiares e sublocatarios.

für die Schäden, die der Mietsache durch seine oder seiner Hausstandsangehörigen und Untermieter Verfehlung und Nachlässigkeit erwachsen, aufzukommen.

C. c. español a. 1551:

Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado á favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario.

Unbeschadet seiner Verpflichtung gegenüber dem Untervermieter bleibt der Untermieter zugunsten des (Haupt)Vermieters für alle sich auf den Gebrauch und die Bewahrung der Mietsache beziehenden Handlungen in dem zwischen dem Hauptvermieter und dem Mieter vereinbarten Umfange verpflichtet.

H. ned. Burg. Wetb. a. 1602:

De huurder is verantwoordelijk voor alle schaden of verliezen door zijne huisgenooten, of door degenen aan wie hij de huur mogt hebben overgedaan, aan het gehuurde toegebragt.

Der Mieter ist verantwortlich für allen Schaden oder Verlust, den seine Hausgenossen oder diejenigen, denen der Mieter die Mietsache überlassen haben sollte, ihr zufügen.

[12]) C. c. d. R. d'Ital. a. 1574:

Il subconduttore non è obligato verso il locatore che sino alla concorrenza del prezzo convenuto nella sublocazione del quale sia debitore al tempore dell' intimazione della domanda, senza che possa opporre pagamenti fatti auticipatamente. — Non si reputano però anticipati i pagamenti eseguiti dal subconduttore in conformità della consuetudine dei luoghi.

C. c. esp. a. 1552: El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos

Der Untermieter ist dem Vermieter auch zu dem Betrage des Untermietzinses verpflichtet, der im Augenblick der gerichtlichen Ankündigung sich als geschuldet darstellt. Hierbei werden Zahlungen, die im voraus erfolgt

ländische Zivilgesetz (Art. 1618) hebt hervor, daß auch Vorauszahlungen, die einer Bestimmung des Untermietvertrages entsprechen, dem Vermieter gegenüber Geltung haben.[12])

Ein Pfandrecht des Vermieters an den vom Untermieter eingebrachten Sachen in Höhe des Untermietzinses kennen das Züricher und schweizerische Obligationengesetz und das sächsische und holländische Bürgerliche Gesetzbuch.[13])[14])

---

los pagos adelantados, à no haberlos verificado con arreglo á la costumbre.

H. ned. Burg. Wetb. a. 1618.

Een tweede huurder is, ten aanzien van den eigenaar, niet verder gehouden dan tot het beloop van den huurprijs der tweede huur, welke hij, op het oogenblik van een gedaan beslag, aan den ersten huurder zoude mogen schuldig zijn, en zonder dat hij zich op betalingen, bij voorraad gedaan, beroepen kan, ten ware die betalingen mogten zijn geschied uit krachte van een beding bij zijne huur-overeenkomst uitgedrukt, of ten gevolge van platselijke gebruiken.

sind, nur berücksichtigt, wenn nachgewiesen wird, daß ihre Leistung (Empfang) der Lokalgewohnheit entspricht.

Ein zweiter Mieter haftet dem Vermieter nur bis zu dem Betrage des Zinses der zweiten Miete, den er im Augenblicke einer Beschlagnahme dem ersten Mieter etwa schulden sollte, ohne daß er sich auf im voraus geleistete Zahlungen berufen kann, außer wenn die Zahlungen kraft einer in seinem (des Untermieters) Mietsvertrage zum Ausdruck gekommenen Bedingung oder dem Ortsgebrauche zufolge geschehen sein sollten.

[13]) Zürch. OblR. § 1506: Die Mietzinsforderung für eine vermietete Wohnung oder für andere zu einer Liegenschaft gehörige Räume wird durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert . . . Sind dieselben durch Aftermiete weitervermietet, so erstreckt sich das Recht des ursprünglichen Vermieters auch auf die dem Aftermieter zugehörige, daselbst befindliche Fahrnis, soweit das Recht des Aftervermieters ihm gegenüber reicht. — Sächs. BGB. § 1228: . . . Der Vermieter von Grundstücken kann wegen der Vertragsverbindlichkeiten des . . . Mieters, die in den . . . ermieteten Räumen noch vorhandenen Sachen des . . . Mieters . . . zurückhalten. Er kann dieses Recht auch gegen den . . . Untermieter ausüben, jedoch, soviel die diesem zugehörigen Sachen betrifft, bloß soweit, als der . . . Untervermieter eine Forderung aus dem Vertrag an den . . . Untermieter hat . . — Schweiz. Ges. a. 295: Das Retentionsrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf die von dem Untermieter eingebrachten Gegenstände, soweit diesem gegenüber das Recht des Untervermieters reicht.

Bei dem Rückblick auf diese Partikulargesetzgebung erscheinen als fast regelmäßig wiederkehrend folgende Grundsätze: Die Untermiete ist zulässig, darf aber den Vermieter nicht schädigen. Erfolgt sie gegen ein vertragsmäßiges Verbot, so kann der Vermieter das Mietverhältnis aufheben. Für Verschulden des Aftermieters haftet der Mieter. Alles dies ist, wenn auch zum Teil in anderer Gestaltung, in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Manches andere in jener Gesetzgebung stellt lediglich Ableitungen aus den eben erwähnten oder allgemeinen Grundsätzen dar und ist im Bürgerlichen Gesetzbuch deshalb mit Recht nicht enthalten. Hierzu gehört auch die Selbständigkeit des Untermietverhältnisses gegenüber dem Hauptmietverhältnis. Wenn sich trotz dieser Unabhängigkeit des ersteren verstreut bereits ein — nur aus dem praktischen Bedürfnis zu erklärender — unmittelbarer obligatorischer Anspruch des Vermieters (z. B. auf Zahlung des Untermietzinses [S. 30, 34]) gegen den Dritten fand, so ist das Bürgerliche Gesetzbuch hierin — wenigstens dem Prinzip nach — gefolgt, indem es einen obligatorischen Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Dritten nach Beendigung der Hauptmiete schuf (s. u.). Dagegen hat es das in den Landesgesetzgebungen häufig auftretende Vermieterpfand-

---

H. ned. Burg. Wetb. a. 1186 Abs. 2:

Indien de huurder een gedeelte van het verhuurde goed aan een ander wettig in huur heft afgestaan, kan de verhuurder zijn voorregt op de voorwerpen, die zich in of op dat gedeelte bevinden, niet verder doen gelden, dan alleen in evenredigheid van het door den tweeden huurder overgenomen gedeelte, en voor zoo verre de laatstgemelde niet mogt kunnen aantoonen zijne huur-penningen volgens de overeenkomst te hebben voldaan.

Wenn der Mieter einen Teil der vermieteten Sache einem Andern rechtmäßig zur Miete überlassen hat, kann der Vermieter sein Vorrecht auf die Objekte, die sich in oder auf dem Teil befinden, nur dem von dem zweiten Mieter übernommenen Teil (sc. im Verhältnis zur ganzen Sache) entsprechend und für den Fall geltend machen, daß der Letztgenannte die vertragsmäßige Entrichtung seines Mietzinses nicht sollte beweisen können.

[14]) Ferner nach Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 340 auch anhalt. Ges. v. 13. 4. 1870 § 3 und oldenb. Ges. v. 3. 4. 1876 § 18.

recht an den Illaten des Untermieters, dessen Vorhandensein gerade im reinen römischen Recht, wie oben gezeigt, zweifelhaft ist, nicht aufgenommen.

§ 9.

IV. Die Untermiete im preuß. allgem. Landrecht.

Der gedruckte Entwurf des allgem. Landrechts bestimmte,[1]) in Anlehnung an das gemeine Recht, daß der Mieter — ohne Einwilligung des Vermieters — sein Recht an einen anderen abzutreten befugt sei, wenn für den letzteren kein Nachteil daraus erwachse. In der revisio monitorum[2]) äußerte Svarez dagegen:

> (zit. nach ders. Quelle): „Der Lokator habe nur mit dem ersten Konduktor kontrahiert, und es könne ihm nicht gleichgültig sein, wer seine Sache administriere, gebrauche und benutze; der Kontrakt gehöre vielmehr unter diejenigen, wo es auf persönliches Vertrauen mit ankomme, und es sei daher auch kein Grund vorhanden, von dem Lokator allemal den Nachweis zu fordern, daß ihm durch die Untermiete ein Nachteil erwachsen könne. . . . Soweit also der Pächter oder Mieter eigenmächtig zu sublociren nicht berechtigt sei, stehe es dem Hauptlokatori frei, den Unterpächter oder Untermieter zu allen Zeiten exmitieren zu lassen".

Aus diesen Erwägungen wurde in dem allgem. Landrecht[3]) grundsätzlich die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter an einen Dritten ohne Zustimmung des Vermieters für unzulässig erklärt. Doch erhielt der Mieter, dem der Vermieter die Erlaubnis verweigerte, ohne daß in der Person des

---

[1]) II, 20 § 164, zit. nach Bornemann (preuß. Zivilr. 2. Aufl. 1842 bis 1845 IV S. 473.

[2]) Ob auf Grund eines monitums und welches, konnte ich nicht feststellen.

[3]) In der Schlußrevision (v. Kamptz, Jahrb. 41 S. 65 ff.) wurde das Institut nicht berührt.

Dritten näher bezeichnete Gründe dafür vorlagen, ein Recht zur vorzeitigen Kündigung des Mietverhältnisses. Die eingehende Regelung, die das Institut in dem Gesetzbuch erhielt, ist zum überwiegenden Teile in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Die Darstellung des Inhalts der Gesetzesbestimmungen und ihre Auslegung in Praxis und Literatur wird hier daher mit der des geltenden Rechts verbunden, und die Unterschiede zwischen beiden werden dort gekennzeichnet. Vorausgeschickt sei, daß das Gebrauchsrecht des Mieters, und daher auch das des Untermieters im allgem. Landrecht im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch nach der Übergabe der Sache dinglichen Charakter hat. Ferner verallgemeinert das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmung der Gründe, die in der Person des Dritten vorliegen, und aus denen der Vermieter ohne Nachteil die Erlaubnis verweigern darf, gegenüber dem allgem. Landrecht (sagt nur: „wichtiger" Grund) und gibt dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses einen dem allgem. Landrecht unbekannten obligatorischen Räumungsanspruch gegen den Dritten. Dagegen hat es, entsprechend seiner größeren Systematik, eine Reihe der Bestimmungen des allgem. Landrechts, deren Inhalt mit dem heutigen Recht übereinstimmt, nicht wiederholt, weil sie sich als Folgerungen allgemeiner Bestimmungen von selbst ergeben.

§ 10.

V. Die Ausarbeitung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Dresdener Kommission — deren Materialien bekanntlich den Beratungen der ersten Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch zur Grundlage dienten — stellte sich auf den Standpunkt,[1]) daß grundsätzlich der Vermieter, der sich vor mißliebigen Gebrauchern schützen wolle, sich durch Vertragsabrede sichern möge. Dementsprechend nahm sie[2]) als Grundsatz die Zulässig-

[1]) Dresdener Prot. Bd. 3 S. 2142 a. E. des Abschn.
[2]) a. a. O. S. 2220 (art. 576).

keit der Aftermiete auf und ließ nur für den Fall eine Ausnahme gelten, daß der dem Hauptmietvertrag entsprechende Gebrauch durch sie zum Nachteil der Sache verändert würde. Diese Ausnahme beseitigte die erste Kommission[3]) als überflüssig, weil der Mieter nach allgemeiner Regel die Sache nicht zu einem anderen als den ihm selbst eingeräumten Gebrauch einem anderen überlassen könne. Daneben dehnte sie[4]) die Zulässigkeit der Untermiete auf jeden Fall der Gebrauchsüberlassung aus.

In den Gutachten aus dem Anwaltstande[5]) wies Boyens darauf hin, daß der Gebrauch bei dem Dritten zwar objektiv derselbe bleiben könne wie bei dem Mieter, nie aber subjektiv, und mit der Formel, daß der Mieter nur den ihm selbst übertragenen Gebrauch einem anderen überlassen könne, daher nichts gewonnen sei. Er verlangte ferner[6]) die Regelung der Materie im Sinne des allgem. Landrechts, darüber hinaus jedoch noch einen Anspruch des Grundstückmieters auf Erlaubniserteilung für den Fall, daß er durch unfreiwillige Veränderung in seiner Person oder in den Umständen zur weiteren Benutzuug außerstande sei — für diese Neuerung trat auch das preuß. Landesökonomiekollegium[7]) ein — und[8]) eine Verpflichtung des Mieters, dem Vermieter nach Erteilung der Erlaubnis seine Ansprüche gegen den Dritten auf Verlangen abzutreten.

Diese Vorschläge machte die hessische Regierung[9]) im wesentlichen zu den ihrigen. Die württembergische Regierung[10]) und der Zentralverband der städtischen Haus- und Grundbesitzervereine[11]) sprachen sich für das völlige Verbot der Aftervermietung

---

[3]) Prot. 1. Lesung S. 2091 (2090).

[4]) a. a. O. S. 2090.

[5]) Zusammenstellung im Auftr. des Anwaltvereins von Adams u. a., Berlin 1890, S. 719.

[6]) a. a. O. S. 721, 720.

[7]) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entw. eines BGB. Bd. 6 S. 398 § a Abs. 2.

[8]) S. 721 a. a. O.

[9]) Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen Bd. 2 S. 17 zu § 516.

[10]) a. a. O. Bd. 1. S. 68.

[11]) Gutachten Bd. 2 S. 270.

ohne ausdrückliche Erlaubnis des Vermieters aus. Die landwirtschaftlichen Verbände erklärten sich in gleichem Sinne unter Betonung der Pacht.[12]) Die preußische[13]) und anhaltische[14]) Regierung, sowie Rocholl und Niedner[15]) wünschten eine Regelung der Materie im Sinne des preuß. allgem. Landrechts. Mit der im Entwurf ausgesprochenen allgemeinen Zulassung der Gebrauchsüberlassung erklärten sich dagegen einverstanden die Regierungen von Bayern, Sachsen, Baden, Elsaß-Lothringen und Mecklenburg, letzteres unter erheblichen Abänderungsvorschlägen.[16])

Die Mehrheit der zweiten Kommission nahm an, daß die Freigabe der Untermiete lediglich aus dem römischen und gemeinen Recht in zahlreiche Partikularrechte übergegangen sei, aber wie der regelmäßige Ausschluß im Mietvertrag dartue, dem Rechtsbewußtsein des Volkes widerspreche.[17]) Für die gesetzliche Dispositivvorschrift müsse die Auffassung des Verkehrs ausschlaggebend sein, und diese sei in der bereits von Svarez (s. o.) gekennzeichneten Auswahl der Person des Mieters durch den Vermieter und das hieraus erwachsene Vertrauensverhältnis begründet.[18]) Das Verbot der Aftermiete solle jedoch kein absolutes, sondern, wie im allgem. Landrecht, von der Erlaubnis des Vermieters abhängig sein, und deren Verweigerung dem Mieter ein Kündigungsrecht geben, wenn in der Person des Dritten ein billiger — nicht wie im allgem. Landrecht näher umschriebener — Grund für sie nicht vorliegt. Aus welchen Gründen der Mieter den Gebrauch einem andern überlasse, (dies richtet sich gegen den von Boyens und dem Landesökonomiekollegium beantragten Zusatz), komme für den Vermieter nicht in Betracht.[19])

---

[12]) a. a. O. Bd. 6 S. 395—397.

[13]) Änderungen Bd. 1 S. 59 zu § 516.

[14]) a. a. O. Bd. 1 S. 71 Abs. 1 a. E.

[15]) Vorschläge zur Abänderung des Entw. eines deutschen BGB., Breslau 1890—91, S. 198 § 516.

[16]) Äußerungen Bd. 1 S. 62, 65, 68, 73, 69.

[17]) Prot. II S. 1958.

[18]) a. a. O. S. 1959.

[19]) 1961—1964 (Antr. 7 S. 1953).

Die in der zweiten Kommission hergestellte Fassung der geltenden Bestimmung wurde in der Reichstagskommission[20]) mit Erfolg gegen Anträge verteidigt, die auf eine, selbst durch Vertrag nicht ausschließbare, Zulassung der Untermiete oder ein unbeschränktes Kündigungsrecht des Mieters bei Verweigerung der Erlaubnis abzielten.

Daß der Mieter ein Verschulden des Dritten im Gebrauche der Sache wie eigenes Verschulden zu vertreten habe (BGB. § 549 Abs. 2), wurde bereits in etwas anderer Fassung von der Dresdener Kommission,[21]) unter Ablehnung einer bloßen culpa in eligendo, festgestellt. Sie war sich bewußt, nur eine Folgerung aus einem allgemeinen Grundsatz zur Verhütung von Irrtümern auszusprechen, und ging von der Ansicht aus, daß der Untermiete nicht ein besonderes Recht des Mieters zugrunde liege, sondern daß diese einen Teil seines Gebrauches darstelle. Die erste[22]) und zweite[23]) Kommission begnügten sich mit redaktionellen Änderungen. Bähr[24]) wollte dem Vermieter eine, bereits in Partikularrechten (s. oben) vorkommende, unmittelbare Klage gegen den Dritten, der die vertragsmäßigen Befugnisse des Mieters überschreite, geben.

Das Recht des Vermieters auf vorzeitige Kündigung des Mietvertrages bei hartnäckigem Mißbrauch der Sache durch den Untermieter folgerte bereits die Dresdener Kommission,[25]) im wesentlichen in dem Gesetz gewordenen Umfange, aus der für die Haftung des Mieters angenommenen Gleichsetzung des Verschuldens des Dritten und des Mieters. Die erste Kommission[26]) dehnte das Recht auf den Fall erheblicher Gefährdung der Sache durch Nachlässigkeit des Gebrauchsempfängers aus und

---

[20]) Druckschriften des Reichstages 9. Legislaturperiode 4. Session 1895 bis 1896 Nr. 440 S. 71 sub § 542.

[21]) Dresdener Prot. III S. 2151—2153.

[22]) Prot. I S. 2099.

[23]) Prot. II S. 1964.

[24]) Bähr, Gegenentw. zu dem Entw. eines BGB., Kassel 1892, § 492 Abs. 2.

[25]) Dresdener Prot. a. a. O. S. 2164 a. 600 Nr. 2.

[26]) Prot. I 2148 sub 3.

hob als besonderen Fall des zur Kündigung berechtigenden Mißbrauchs des Mieters die unbefugte Überlassung an einen Dritten hervor.[27]) Die mecklenburgische Regierung wünschte die Aufnahme einer Bestimmung, in der dem kündigenden Vermieter ein gegen den Mieter gerichteter Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Mieterwechsel entstandenen Schadens ausdrücklich zugesprochen würde.[28]) Durch einen Beschluß des Reichstags in 2. Lesung[29]) wurde für den Fall des Mißbrauchs der Sache die Bedingung hinzugefügt, daß er die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletze.

Der Vorschlag eines unmittelbaren obligatorischen Anspruchs des Vermieters gegen den Dritten auf Rückgabe nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 556, 3) erscheint in den Materialien, abgesehen von dem weitergehenden Antrag aus dem Anwaltsstande (Boyens s. oben), in den Äußerungen der Regierungen von Sachsen, Mecklenburg und Hessen.[30]) Der Antragsteller in der zweiten Kommission berief sich auch auf eine österreichische Verordnung v. 16. 11. 1858.[31]) Gierke[32]) wies ebenfalls darauf hin, daß der Vermieter, soweit er nicht dinglich berechtigt sei, jeder unmittelbaren Berechtigung, insbesondere des Räumungsanspruchs, gegen den Untermieter entbehre. Die zweite Kommission[33]) berücksichtigte dies und erkannte auch ein praktisches Bedürfnis für den Anspruch an, weil die Vollstreckungsüberweisung des Mieteranspruchs auf Räumung gegen den Dritten gerade dann zu keinem baldigen Erfolge führe, wenn der Mieter unbefugt über seine eigene Mietzeit hinaus dem Dritten den Gebrauch zugesagt habe. Einen inneren Grund für den neu zu schaffenden Anspruch sah sie in der natürlichen Abhängigkeit des Untermietverhältnisses von dem Hauptmietverhältnis in Entstehung

[27]) a. a. O.
[28]) Äußerungen Bd. 1 S. 70 zu d.
[29]) Prot. der Reichstagsverhandlung v. 20. 6. 1896 S. 2779/80 zu § 546.
[30]) Äußerungen Bd. 1 S. 65 u. 69 unt. zu b. Bd. 2 S. 17.
[31]) Prot. 2. Lesung S. 1975.
[32]) Entw. eines deutschen BGB. und das deutsche Recht S. 241 N. 1.
[33]) a. a. O. S. 1974 f.

und Fortdauer, behielt aber die rechtssystematische Bestimmung des Anspruchs der Wissenschaft vor.[34])

Der 2. Kommission lag auch ein Antrag auf Schaffung eines gesetzlichen Vermieterpfandrechts an den von dem Dritten eingebrachten Sachen vor,[35]) nachdem Mecklenburg[36]) einen solchen in den Grenzen der Mieteransprüche gegen den Dritten gewünscht hatte. Gegen die Begründung, daß anderenfalls der Vermieter, wenn der Mieter überhaupt nicht einziehe und die ganze Wohnung weiter vermiete, überhaupt nicht pfandmäßig gesichert sei, machte die Mehrheit der Kommission geltend, daß das gleiche auch überall da zutreffe, wo der Mieter nur fremdes Mobiliar benutze und einbringe oder aus irgend einem Grunde die Wohnung überhaupt nicht benutze.[37]) Dagegen dürfe der in der Regel wirtschaftlich besonders schwache Drittgebraucher nicht einem doppelten gesetzlichen Pfandrecht an seinen Sachen ausgesetzt werden.[38]) Auch die geschichtliche Entwicklung spreche gegen den Antrag: dem preuß. Landrecht sei das vorgeschlagene Pfandrecht unbekannt und die übrigen Territorialrechte hätten es spätestens mit Einführung der Reichskonkursordnung, die ein entsprechendes Absonderungsrecht des Vermieters nicht kennt, beseitigt.[39])

---

[34]) a. a. O. S. 1975.
[35]) Prot. II S. 1986, 2016.
[36]) Äußerungen Bd. 1 S. 70.
[37]) a. a. O. S. 2020.
[38]) a. a. O.
[39]) a. a. O. S. 2019.

C. Systematische Darstellung.

I. Das gesetzliche Verbot der Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an einen Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters und seine Schranken.

1. Die Gebrauchsüberlassung.

a) Begriff.

§ 11.

§ 549 Abs. 1 Satz 1 BGB. lautet:

> Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiterzuvermieten.

Die Bestimmung erklärt die Überlassung des Gebrauchs seitens des Mieters an einen Dritten für widerrechtlich.[1]) Überlassung des Gebrauchs bezeichnet das tatsächliche Zulassen des Gebrauches durch einen anderen.[2]) Eine tatsächliche Voraus-

[1]) Ebenso bestimmte das ALR. in I, 21 § 309: „Der Mieter einer Sache ist nicht befugt, den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem andern, ohne Einwilligung des Vermieters zu überlassen".

[2]) Goldmann-Lilienthal, BGB. 2. Aufl. 1903 f. § 156 Anm. 7: „nicht . . . die rechtliche Natur des zwischen Mieter und Dritten geschlossenen Vertrages als vielmehr dessen wirtschaftlicher Effekt"; a. M. Rechtspr. I S. 106 (OLG. Oldenburg): „vertragsmäßig einem Dritten . . . gestatten an (Mieters) Stelle nach eigenem Ermessen und kraft eigenen Willens als Berechtigter zu schalten"; Paech, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 9 ff., Die Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters auf Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache: „Rechtwilliges Haben und Genießen".

setzung hierfür wird häufig die Übergabe bilden. Begrifflich genügt jedoch ein Dulden des Gebrauchs.[3]) In diesem allgemeinen Sinne ist der Ausdruck offenbar auch von der 1. Kommission, als sie die auf den Fall der Untermiete beschränkte Bestimmung des Dresdener Entwurfs (§ 559) erweiterte und formulierte: „Gebrauchüberlassen insbesondere durch weiteres Vermieten" verstanden worden.[4]) Diesem Wortlaut folgten die Abänderungsanträge der Bundesregierungen und die in der 2. Kommission gestellten Anträge. Erst in den Teilentwürfen 2. Lesung tritt, ohne daß aus den Protokollen ein Grund für die Änderung ersichtlich ist, eine in der geltenden Fassung enthaltene logische Ungenauigkeit auf.[5]) Denn es wird nunmehr die Untervermietung selbst als ein Teil der Gebrauchsüberlassung hervorgehoben, während sie doch einen Rechtsgrund derselben darstellt.

b) Rechtsgrund.

§ 12.

Ebensowenig wie Untervermietung, ordnet sich die Abtretung des dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Anspruchs auf Gebrauchsgewährung dem Begriffe der Gebrauchsüberlassung unter.[1]) Noch weniger ist die Abtretung mit dieser identisch.[2]) Die Frage kann nur dahin lauten, ob auch Gebrauchsüberlassung, der eine Abtretung des Mieterrechtes — vorausgesetzt, daß eine solche nach allgemeinen Grundsätzen zu-

---

[3]) Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters usw., im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 113.

[4]) Auch das ALR. hat in I, 21 § 309 das Gebrauchsüberlassen der Erlaubnis des Vermieters unterworfen und in § 310 als besonderen Fall die Untermiete, jedoch nur die Aufnahme in Wohnungen, d. h. die Weitervermietung eines Teiles einer solchen hervorgehoben. (Svarez in der rev. mon. b. Bornemann a. a. O., „Aufnehmen . . . für Geld: spezies sublocationis".) Die Untervermietung der ganzen Wohnung fiel unter § 309; OTr. 68 S. 92.

[5]) Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. 1903ff., § 549 Nt. 2a.

[1]) Wie Bruck a. a. O. S. 214 zu N. 7 anzunehmen scheint.

[2]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.; a. M. Oertmann, Komm. z. R. d. Schuldverh. 2. Aufl. 1906 § 549 N. 2: „Gebrauchsüberlassung ist . . . Zession . . . durch Schuldübernahme".

lässig ist — zugrunde liegt, unter das Verbot des § 549 fällt.[3]) Da der Rechtsgrund in der oben angenommenen Bestimmung der Gebrauchsüberlassung als Zulassung des Gebrauches nicht ein Begriffsmerkmal bildet, so steht der Bejahung der Frage nichts entgegen.[4]) [5]) [6])

Nun bestimmt der § 399, daß eine Forderung nicht ab-

[3]) War der Dritte zugleich mit der Abtretung durch Schuldübernahme in die Vertragspflichten des Mieters eingetreten und dieser somit ausgeschieden, so ist im Augenblick der Überlassung der Sache (regelmäßig) der Dritte bereits Mieter, nicht mehr dritter Gebrauchsempfänger. Der § 549 findet daher keine Anwendung. Zur Wahrung des Interesses des Vermieters dient dafür das Erfordernis seiner Zustimmung bei der Schuldübernahme, sofern nicht in den Abmachungen zwischen ihm und dem Dritten überhaupt ein neuer Mietvertrag zu erblicken ist.

[4]) So LG. Halle in Buschs Zeitschr. Bd. 31 S. 111 ff.

[5]) Unerheblich ist, ob für die Abtretung eine Gegenleistung erfolgt.

[6]) Auch für das ALR. wurde angenommen, daß die Abtretung des Gebrauchsrechtes unter die Überlassung des Gebrauches fällt (§ 309); Born IV S. 473: „Mieter befugt, Mietrecht gegen Entgelt oder unentgeltlich abzutreten"; Koch, Übergang der Forderungsrechte, Breslau 1837, S. 74: „Inzessibilität des Verhältnisses" durch § 309 „sehr unzweideutig beseitigt"; Förster-Eccius, Preuß. Zivilr. 7. Aufl. 1897 ff. I § 99 Nt. 72; Dernburg, Preuß. PrivR. 4. u. 5. Aufl. 1894 ff. II § 171 N. 3. Doch wurde der Unterschied zwischen Untermiete und Abtretung in der Praxis nicht betont Vgl. Str. A. 24 S. 21: „Die Theorie macht allerdings einen Unterschied zwischen Zession des Mietsrechts und Aftermiete ... dahin, daß bei ersterer das Recht selbst, bei der letzteren nur die Ausübung übertragen werde. Dieser Unterschied ist indessen vorkommend vollkommen verfehlt, weil die Zession sowohl wie die sublocatio ohne Einwilligung des Vermieters ... gesetzlich nicht geschützt wird" (§§ 316, 322). Doch war auch in der Theorie die irrige Meinung vertreten, daß Untermiete in Wirklichkeit Abtretung sei: Lenz, Studien und Kritiken S. 159: „Vermieter ... kann allein das Grundstück locieren. Der Konduktor nichts anderes als sein ... Mietrecht ganz oder zum Teil weiter übertragen". — Auch der Redaktor stellte Untermiete und Abtretung als wirtschaftlich gleichwertig nebeneinander und schloß umgekehrt von der seinem Standpunkt entsprechenden Zulässigkeit der Untermiete auf die Unbeschränktheit der Abtretung. Die 1. Kommission folgte diesem Schluß und sprach weiter aus (zu § 556 „erwogen": 2), daß der vertragliche Ausschluß der Abtretung den der Untermiete und umgekehrt in sich berge. Für das gemeine Recht wurde bei Seuff. Arch. 52, 152 aus dem Verbot der Unterverpachtung der Ausschluß jeder anderweiten Übertragung der Pachtrechte, als unter den Zweck des Verbotes fallend, gefolgert.

getreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Die Forderung auf Gebrauchsüberlassung stellt eine solche Forderung dar;[7] [8]) umfaßt sie doch nicht nur den Anspruch auf Einräumung des Besitzes der Sache zum Gebrauch, sondern auch den auf Erhaltung der Sache in dem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand (§ 536), und ist eine Trennung beider Ansprüche bei Übertragung des Mieterrechtes regelmäßig nicht anzunehmen. Mag nun auch die Erfüllung des Besitzeinräumungsanspruchs an andere ohne Veränderung seines — durch den Mietvertrag festgesetzten — Leistungsinhalts erfolgen können, so doch nicht die des Anspruchs auf Erhaltung der Sache. Das Maß der Vermieterleistung, hier der Wiederherstellungs- bezw. Erneuerungsarbeiten, ist von der Person des Gebrauchers insofern abhängig, als es dem Maß der durch den vertragsmäßigen Gebrauch (§ 548) herbeigeführten Veränderungen und Verschlechterungen entspricht und dieses sich nicht lediglich schematisch bestimmen läßt, sondern sich zu einem guten Teile nach der individuellen Behandlung seitens des jeweiligen Gebrauchers richtet.[9]) Da aber das Gesetz die Übertragbarkeit solcher Forderungen lediglich im Interesse des Schuldners ausschließt, so kann dieser — hier der Vermieter — auf das Recht, dem neuen Gebraucher die Unübertragbarkeit des Mieterrechtes entgegenzusetzen, verzichten, indem er der

---

[7]) vgl. Svarez oben S. 38; ebenso Mittelstein, Die Miete 1900 S. 255; Fuld, Mietrecht 1898 S. 108; OTr. 28 S. 104; LG. Halle a. a. O.: a. M. Paech im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 9: „Person des Empfängers der Leistung deren Inhalt nicht beeinflußt".

[8]) Infolgedessen ist das Mietrecht auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO.); so schon für das preuß. Recht Überweisung ausgeschlossen: Rehbein, Entsch. d. OTr. III S. 835.

[9]) Dagegen sind andere Ansprüche des Mieters, z. B. auf Schadensersatz (§ 538), Ersatz von Verwendungen (§ 547), selbstverständlich übertragbar. Goldmann-Lilienthal § 156 Nr. 2 u. a. — In der 2. Kommission wurde mit Recht hervorgehoben, daß auch „innerhalb der vertragsmäßigen Grenzen des dem Mieter zustehenden Gebrauches die Art desselben wesentlich von der Persönlichkeit des Gebrauchenden abhänge".

Abtretung zustimmt.[10]) Diese Zustimmung würde selbstverständlich die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung als Erfüllung einer durch den zustimmungsbedürftigen Vertrag begründeten Pflicht in sich schließen, und umgekehrt würde im Zweifel in der auf die Anzeige der Abtretung hin erteilten Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung die stillschweigende Zustimmung des Vermieters zur Abtretung zu erblicken sein. Abtretung ist im Rahmen des § 549,1 Satz 1 daher zulässig, ohne daß an sich hieraus eine Ausnahme des § 399 zu folgern wäre. Nun enthält aber der Satz 2 a. a. O. ein untrennbares Korrelat zu Satz 1, nämlich ein gesetzliches Kündigungsrecht des Mieters bei Verweigerung der Erlaubnis ohne wichtigen Grund aus der Person des Dritten. Die Anwendung dieser Bestimmung auf den Fall der Abtretung ergibt folgendes eigenartige Bild: Der Gläubiger einer, ihrem Inhalt nach unübertragbaren Forderung, kann diese mit Zustimmung des Schuldners an einen Dritten abtreten. Der Schuldner darf aber, wenn er keinen Rechtsnachteil erleiden will, nur dann seine Zustimmung versagen, wenn in der Person des Dritten ein für ihn wichtiger Grund besteht. Für die hierin liegende Ausnahme von der Regel des § 399 fehlt freilich in den Materialien ein Anhaltspunkt; nur die Protokolle der 2. Kommission (II S. 178ff.) erwähnen, daß bereits in der Kommission die Frage, ob das Recht des Mieters nach allgemeinen Grundsätzen frei übertragbar sei oder nicht, verschieden beantwortet wurde. Indessen kann aus dem Wortsinn des Textwortes „Gebrauchsüberlassung", etwas, was jener Auffassung entgegenstünde, nicht entnommen werden. Insbesondere fehlt eine ausreichende Unterlage für die Annahme, daß die Gebrauchsüberlassung des § 549 von der Aufrechterhaltung sämtlicher durch den Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter begründeten Schuldverhältnisse ausgehe. Auch Billigkeitsgründe sprechen nicht dagegen. Zwar wird nur bei Übertragung, im Gegensatz zu den meisten übrigen Überlassungsgründen, der Vermieter dem Dritten unmittelbar verpflichtet,[11])

[10]) Planck § 399 Anm. 3; Crome, Syst. d. deutschen bürgerl. R. 1900ff. II § 189 N. 16.

[11]) RG. XIII S. 12f.: „. . . sind die Rechte aus einem zweiseitigen Vertrage . . . mit der Rechtswirkung abtretbar, daß der Gegenkontrahent die

sogar nicht umgekehrt der Dritte dem Vermieter;[12]) aber die Verpflichtung des Mieters gegenüber dem Vermieter wird nicht aufgehoben; denn hierzu bedarf es einer, der Genehmigung des Vermieters unterliegenden, privativen Schuldübernahme zwischen dem Mieter und dem Dritten.[13]) Häufiger ist kumulative Schuldübernahme zwischen dem Vermieter und dem Dritten (§ 414 BGB.), indem dieser dem Vermieter gegenüber die Erklärung abgibt, daß er in den Hauptmietvertrag eintrete, und der Vermieter sie annimmt. Jedenfalls aber dürften die Umstände in der Person des Dritten, die dem Vermieter die Zustimmung zur Abtretung als seinem Interesse widersprechend erscheinen lassen, mit den wichtigen Gründen, die er zur Ablehnung z. B. des Untermieters hätte, annähernd übereinstimmen.[14])

Der Rechtsgrund der Abtretung des Mietsrechts ist ebenso vielgestaltig, wie der der Abtretung überhaupt, z. B. Kauf, Einbringung in eine Aktiengesellschaft, Schenkung u. a., er kann daher sowohl auf eine entgeltliche als unentgeltliche Zuwendung abzielen. Abtretung liegt insbesonders auch vor, wenn der Mieter sein Handelsgeschäft, „zu dem" das Mietgebrauchsrecht „gehört",[15]) an einen Dritten veräußert, oder der Einzelkaufmann

den abgetretenen Vertragsrechten des Zedenten entsprechenden Vertragspflichten dem Zessionar gegenüber zu erfüllen hat . . ."

[12]) z. B. RG. in JurW. 1896 S. 450 N. 57 (von Mietzession handelnd): „. . . übertragen werden die Forderungen, nicht die Rechtsverhältnisse". Doch kann der Vermieter die Gegenleistung aus der Hand des Dritten natürlich nicht zurückweisen. RG. XIII S. 13 oben.

[13]) RG. in JurW. zit.

[14]) Ebenso Mittelstein S. 255; Fuld S. 108; Niendorff, Mietrecht 7 Aufl., besorgt von Mugdan 1906, § 33 hint. 1b; Crome a. a. O. § 198 N. 12 a. E.; Dernburg, Bürgerl. R. II 3. Aufl. 1905/6, § 221 I, 1; Planck § 549 N. 7; Staudinger, Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse besonderer Teil, besorgt v. Kober u. Theod. Engelmann, 2. Aufl., § 549 N. 10. Im Ergebnis, nicht der Begründung, übereinstimmend auch Oertmann § 549 N. 2; Paech S. 10ff.: Das Mieterrecht auf Gebrauchsüberlassung gehört an sich nicht zu den nach § 399 unübertragbaren Rechten. Durch § 549 wird der Übertragung aber die Wirkung gegenüber dem Vermieter versagt, wenn dieser nicht Erlaubnis erteilt.

[15]) RG. bei Gruchot 37 S. 1151. Selbstverständlich ist es hier unerheblich, ob die Übertragung der Mietrechtsforderung kraft Gesetzes geschah (§ 25 HGB.: Übertragung der Firma) oder durch Vereinbarung.

einen Gesellschafter aufnimmt und das Mietrecht in die Gesellschaft einbringt, oder wenn er, nachdem der Vermieter das letztere genehmigt hat, unter Veräußerung seines Geschäftsanteils an den anderen ausscheidet.[16]) Analog ist bei der Bildung einer Gesellschaft zur Ausnutzung eines vorher von einem Mitglied als Einzelperson gepachteten Jagdrechts eine (anteilsweise) Gebrauchs- bezw. Nutzungsüberlassung anzunehmen, mögen auch die Ausdrücke Abtretung und Unterpacht in dem Gesellschaftsvertrage vermieden sein.[17])

Dagegen liegt in der Verabredung, daß der Dritte als Mieter eintreten, der bisherige Mieter aber allein dem Vermieter gegenüber berechtigt und verpflichtet bleiben solle, keine Abtretung, auch keine Bürgschaftsverpflichtung, sondern lediglich eine dem Rechtsgrunde nach mannigfaltige Vereinbarung zwischen dem Mieter und dem Dritten über die Ausübung des Mieterrechtes — Gebrauchsüberlassung — ohne Änderung seines Bestandes.[18])

Als Rechtsgrund der Gebrauchsüberlassung tritt neben die Rechtsübertragung und die Untermiete als Gegenstück der letzteren die Verleihung der Sache durch den Mieter an den Dritten, die Begründung des Rechtes auf unentgeltlichen Gebrauch. Sie ist nicht nur bei beweglichen, sondern auch bei unbeweglichen Sachen nicht selten, z. B. der vorzeitig ausziehende Mieter einer Wohnung gestattet einem Nachbarn für den Rest der Mietzeit die Benutzung.[19])

Die Begründung des Gebrauchsrechtes, entgeltlichen und un-

---

[16]) KG. in Rechtspr. 5 S. 369; Planck a. a. O. N. 2a; a. M. Oertmann a. a. O. N. 10 a. E., der bei dem Abschluß des Mietvertrages zum Zwecke eines Geschäftsbetriebes im Zweifel die allgemeine vorherige Zustimmung des Vermieters zur Weiterübertragung des Mietrechts als einem Teil der Geschäftsveräußerung unterstellt.

[17]) RG. 63 S. 295; (JurW. 1906 S. 423 N. 7).

[18]) Die Vereinbarung bedarf daher auch nicht der Form des Mietvertrages. Wird der Dritte von dem Vermieter exmittiert, so erlischt nicht ohne weiteres das Mietsverhältnis; KG. in Rechtspr. 12 S. 65 in Abänderung seiner früheren Entsch. Bd. 10 S. 257; RG. 4. 3. 1900 zit. nach Niendorff § 33, 1 S. 214.

[19]) Mittelstein S. 250.

entgeltlichen, erfolgt aus dem Gebrauchsrecht des Mieters heraus. Es wird gleichsam ein Gebrauchsrecht zweiter Wurzel — nur zwischen dem Mieter und dem Dritten — geschaffen, nicht aber gibt der Mieter[20]) sein Gebrauchs*recht* auf, ohne als Schuldner aus dem Vertrage dem Vermieter gegenüber auszuscheiden. Er verpflichtet sich vielmehr nur dem Dritten gegenüber von eigenem Gebrauch der Sache abzustehen und ihm den durch den Untervertrag und seine (des Dritten) Person individualisierten Gebrauch, nicht den eigenen, zu gewähren, bezw. zu gestatten.[21]) Gerät der Mieter von Geschäftsräumen in Konkurs, so liegt der Rechtsgrund der Weiterbenutzung durch den Verwalter im Gesetz, nicht aber in einem Privatrechtsakt, insbesondere auch nicht in einem — in Wirklichkeit rechtlich bedeutungslosen — passiven Verhalten des Mieters. Es findet daher keine Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 549 statt.[22]) Der Konkursverwalter kann seinerseits, obwohl zwischen ihm selbst und dem Vermieter kein Vertragsverhältnis besteht, unter den für den Mieter geltenden Voraussetzungen weitervermieten bezw. abtreten.[23]) Dies liegt auch durchaus im Interesse des Vermieters, da die Person des Mieters für ihn nicht mehr in Betracht kommt.

c) Überlassung zu Mitgebrauch und Teilgebrauch.

§ 13.

Nimmt ein Dritter an dem Sachgebrauch des Mieters auf Grund eines derartigen Rechtes[1]) oder tatsächlichen Verhältnis

---

[20]) Wie *Bruck* a. a. O. S. 113 für den Fall der Untermiete annimmt.

[21]) *Bruck* S. 106 ff. übersieht auch den Unterschied zwischen Überlassung und ihrem Rechtsgrund, indem er den Gebrauch auf Grund von Leihe als minder selbständigen dem auf Grund von Überlassung gegenüberstellt, eine Abgrenzung, die er freilich selbst als schwierig bezeichnet. Es ist nicht zu erkennen, welche Rechtsverhältnisse zwischen Mieter und Dritten er mit Ausnahme der Untermiete zu der Gebrauchsüberlassung des § 549 zählt.

[22]) KG. i. Bl. f. Rechtspfl. 1905 S. 53 (von dem vorliegenden Falle handelnd): „549 . . . Voraussetzung, daß der Gebrauch der Mietsache einem Dritten für *sich* überlassen wird"; a. A. *Niendorff* § 33, 1a.

[23]) *Rehbein*, Entsch. d. OTr. III S. 836 N.

[1]) Für den im folgenden dargestellten unselbständigen Gebrauch, der

zu ihm teil, daß sein Gebrauch nach Art und Umfang der Bestimmung des Mieters unterliegt, so ist der Gebrauch (nicht Gebrauchsrecht) des Dritten in dem des Mieters eingeschlossen, ist nur eine Erscheinungsform des Gebrauches des Mieters.[2]) Den Gegensatz bildet der Mitgebrauch des Dritten, der in den Grenzen seines Vertragsrechts — gleichviel welchen Rechtsgrundes — frei über die Sache zu schalten, über ihre Anpassung an seinen Gebrauch, Art, Zeit und augenblicklichen Umfang ihrer Verwendung zu bestimmen berechtigt ist.[3]) Diesem Unterschied im Gebrauch des Dritten entspricht das Verhältnis zwischen Mieter und Drittem im Besitz der Sache. Der Dritte, der die tatsächliche Gewalt über die Sache nur an Stelle des Mieters ausübt und dessen Weisungen in bezug auf die Sache Folge zu leisten hat, ist selbst nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener; Besitzer bleibt der Mieter (§ 855 BGB.), dagegen ist der Dritte, der zum relativ freien Gebrauch der Sache berechtigt (z. B. Untermieter), aber nicht verpflichtet wie (z. B. Dienstbote) ist,

---

der Besitzdienerstellung entspricht, liegt nicht eine Voraussetzung darin, daß der Dritte dem Mieter gegenüber kein Recht auf den Mitgebrauch hat; z. B. der Bedienstete hat einen Anspruch auf Benutzung seines Schlafraums, der Klosett- event. Badeeinrichtungen usw. A. M., nämlich daß Gebrauchsüberlassung vorläge, Niendorff § 33, 1b a. A., wenigstens für den Fall, daß der Dritte ein Entgelt entrichtet. Aber auch das letztere schließt unsere Annahme nicht aus, denn der Bedienstete leistet in seinen Diensten ein Entgelt.

[2]) vgl. RG. i. JurW. 1891 S. 363 N. 39 für ALR. I, 21, 309 „Die Zulassung des Dritten darf nie dahin führen, daß sich der Mieter der Herrschaft über die Sache gänzlich begibt und am Gebrauch nicht teilnimmt". Ferner OLG. Oldenb. Rechtspr. I S. 406 für die Unterpacht: „es soll dem Pächter nur verboten sein, einem Dritten zu gestatten, an seiner, des Pächters, Stelle nach eigenem Ermessen und kraft eigenen Willens als Nutzungsberechtigter . . . zu schalten".

[3]) Dieser Mitgebrauch wurde, soweit er entgeltlich erfolgt, von den Auslegern des ALR. wohl mit Recht in dem vom Gesetz I, 21 § 310 als Aufnahme gekennzeichneten Fall der Überlassung erblickt. Die unentgeltliche Aufnahme galt dagegen als von § 309 nicht betroffen und daher als nicht erlaubnisbedürftig. Koch, Komm. a. a. O. Nt. 11; Koch, Recht der Ford. III S. 716 „unentgeltliche Aufnahme . . . aus Gefälligkeit oder Freundschaft unverboten, weil damit das Gebrauchsrecht nicht abgetreten ist".

regelmäßig unmittelbarer Besitzer der Sache. Unselbständiger Gebraucher und Besitzdiener sind vornehmlich Familienangehörige, Gesinde[4]) und Gäste, auch Kostkinder,[5]) also die Personen, die dauernd oder vorübergehend dem Hausstand des Mieters angehören. Daneben kommt aber auch der Gebrauch durch Handwerker des Mieters, (z. B. Benutzung von Räumen zum Verzehren der mitgebrachten Kost, der Klosetts usw.), durch Freunde, die dem Hausstande nicht angehören, Almosenempfänger und andere Personen in Betracht. Beispiele für den nach seiner Rechtsgrundlage selbständigen Mitgebrauch stellt dagegen die Benutzung durch Pensionäre und Schlafburschen dar.[6]) Die Abgrenzung der Fälle des unselbständigen Gebrauchs des Dritten von denen des selbständigen der Gebrauchsüberlassung wird im einzelnen Fall nach der Verkehrsauffassung in Verbindung mit § 157 BGB. zu treffen sein.[7]) Der unselbständige Gebrauch kann übrigens ohne oder gegen Entgelt stattfinden, z. B. bildet die freie Station des Gesindes einen Teil des Entgelts für seine Dienste (s. oben Note 1 a. E.). Die Lagerung fremder Sachen auf dem Mietgrundstück, z. B. von Möbeln Dritter in einem gemieteten Möbelspeicher stellt in der Regel einen unbeschränkten Gebrauch des Mieters unter Ausschluß eines auch nur unselbständigen Gebrauches des Dritten[8]) dar. Insbesondere „gebraucht" der Dritte (Hinterleger) nicht den Aufbewahrungsraum des Verwahrers.

---

[4]) vgl. § 1095 BGB. und preuß. AG. Art. 15 § 6, wonach dem aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten sowie dem Auszugsberechtigten, dem eine gesonderte Wohnung zu gewähren ist, ausdrücklich die Befugnis eingeräumt wird, „seine Familie, sowie die zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen".

[5]) Josef bei Gruchot 49 S. 759.

[6]) Josef a. a. O.

[7]) Planck § 549 Anm. 2a; Goldmann-Lilienthal § 166 N. 8; Neumann, Handausg. des BGB. 4. Aufl. 1905 § 549 Anm. 2; Bruck a. a. O. S. 116.

[8]) Ebenso Arnold, Wohnungsmiete 2. Aufl. 1900 § 21 Anm. 1 und Staudinger; undeutlich Planck, der die Unanwendbarkeit des § 549 in einem solchen Fall bei Unentgeltlichkeit und Mitbenutzung eines Teiles der Mieträume auf Billigkeitsrücksichten zu stützen scheint.

Verbindet sich aber mit der Aufnahme fremder Sachen ein Gebrauch der Mietsache durch den Hinterleger der Sachen, so ist dieser Gebrauch gesondert zu qualifizieren.

Unerheblich für die Begriffsbestimmung der Gebrauchsüberlassung ist es, ob die ganze Mietsache oder nur ein Teil, z. B. Zimmer, Fenster, überlassen wird und ob sich die Überlassung auf die ganze Mietzeit oder nur einen Teil derselben erstreckt. Auch hier wieder ist Treu und Glauben in Verbindung mit der Verkehrssitte zu berücksichtigen. So liegt zwar in der Aufnahme von Mittagsgästen für eine halbe Stunde täglich bei streng begrifflicher Auffassung eine Gebrauchsüberlassung des Eßraumes usw., nicht aber im Sinne von § 549, wenigstens nicht in Mietshäusern 2. und 3. Güte.

Bedingt sich der Mieter außer dem Gebrauch der Mietsache Leistungen aus, deren Bedeutung gegenüber der des Gebrauches erheblich zurücktritt,[9]) z. B. Lieferung von Frühstück oder sonstiger Beköstigung, so ist der Rechtsgrund der letzteren Verpflichtung, nicht Miete;[10]) doch sind beide Verpflichtungen im Sinn der Parteien als einem einheitlichen Vertragsverhältnis zugehörig zu betrachten.[11]) Die grundsätzliche Unabtretbarkeit des Mietanspruches wird sich daher — wie als stillschweigende Vereinbarung zu unterstellen — auch auf den Beköstigungsanspruch erstrecken.[12])

2. Die Erlaubnis des Vermieters.

a) Wesen.

§ 14.

§ 549 will nur die Grenzen bestimmen, in denen die Gebrauchsüberlassung selbst, nicht aber das ihr zugrunde liegende

---

[9]) RG. in Entsch. f. Strafs. 20 S. 418. „In diesem Falle hat die Vereinbarung der Leistung n i c h t den Charakter eines rechtlich selbständigen Geschäfts".

[10]) J o s e f bei Gruchot 49 S. 743.

[11]) Im letzten Punkte übereinstimmend LG. Berlin I, in Bl. f. Rechtspfl. KG. 1899 S. 31: „Vertrag als ein einheitlicher anzusehen".

[12]) J o s e f a. a. O.

Rechtsgeschäft als rechtmäßige Ausübung des Mietgebrauches gelten soll. Da er somit die Wirksamkeit des Grundgeschäftes von der Erteilung der Erlaubnis nicht abhängig macht, — ohne eine entgegengesetzte Vereinbarung auszuschließen —, stellt die Erlaubnis nicht eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft im Sinne der §§ 182ff. dar. Hierauf weist bei der Strenge des Sprachgebrauches im Gesetz auch schon die Wahl eines besonderen Ausdrucks[1]) hin. Wie oben geschildert, wird dagegen die Abtretung des an sich unabtretbaren Gebrauchsrechtes erst durch die Zustimmung des Vermieters (Schuldners) wirksam. Diese Zustimmung schließt, wie bereits erwähnt, zugleich die in § 549 geforderte Erlaubnis in sich. Nach allgemeinem Grundsatz (§ 182) kann sie sowohl dem Mieter als dem Dritten gegenüber wirksam erklärt werden. Die Wirksamkeit rechtfertigt sich im letzteren Falle durch die Bedeutung der Erklärung für den Dritten als Voraussetzung für seinen Erwerb des (abgetretenen) Rechtes gegen den Erklärenden. In den übrigen Fällen bildet die Erlaubnis lediglich eine Voraussetzung dafür, daß die Gebrauchsüberlassung an den Dritten nicht einen vertragswidrigen Gebrauch seitens des Mieters im Sinne des § 553 (Exmissionsrecht) darstellt. Ihre Erteilung erzeugt daher Rechtswirkung zunächst nur in dem Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter, nicht gegenüber einem unbestimmten Kreis Dritter. Auch gegenüber dem bestimmten dritten Gebrauchsempfänger hat sie keine unmittelbare Wirkung; daß sie für

---

[1]) So Planck § 549 N. 2b; Mittelstein S. 250; Oertmann N. 3a; Staudinger N. II, 1; Neumann Anm. 1c vor § 182: Weil nicht Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft; Goldmann-Lilienthal § 156 N. 4; a. M. Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. R. 9. Aufl. II § 169, 1d N. 18: Da die Untermiete mit der Miete endige und der Vermieter dies bei Nichterteilung der Erlaubnis durch sofortige Kündigung (§ 553), bezw. die Endigung der Untermiete allein durch Klage auf Unterlassung (§ 550) erreichen könne (?), „steht die Erlaubnis hier in enger Verwandtschaft mit der Einwilligung". Richtig hiergegen Oertmann N. 3b. mit der Begründung, daß die Erlaubnis nicht, wie Endemann annimmt, einen Verzicht auf ein Recht des Vermieters, sondern die Begründung eines neuen, bisher nicht vorhandenen Rechtszustandes für den Mieter darstellt.

diesen die Gefahr unmittelbarer Exmission beseitigt, ist eine, durch das Recht des Mieters vermittelte Nebenwirkung. Infolgedessen ist die Erlaubnis dem Mieter gegenüber zu erklären, also eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.[2]) Wäre die Erlaubnis eine Vertragserklärung,[3]) nämlich behufs Vertragsänderung, so wäre der Hinweis auf sie in § 549 überflüssig; denn er enthielte nur die angesichts des Dispositivcharakters der Gesetzesbestimmungen über Miete (s. u.) selbstverständliche Zulässigkeit vertraglicher Abänderung der gesetzlichen Regel. In diesem Falle würde das Gesetz statt Erwähnung der Erlaubnis einen Zusatz wie: „im Zweifel" oder „wenn nichts anderes vereinbart ist" eingefügt haben.[4])

b) Anfechtbarkeit, Unwiderruflichkeit und Unbeschränkbarkeit.

§ 15.

Die Erlaubnis kann nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden wegen Irrtums, Betruges usw., z. B. wenn der Mieter dem Vermieter über die Person des Dritten unwahre

---

[2]) OTr. 28 S. 104ff.: „Einwilligung . . . keinen anderen Zweck als den möglichen Widerspruch des Vermieters . . . zu beseitigen," S. 105: „aus dem Gesichtspunkt eines sich dadurch begründenden Vertragsverhältnisses läßt sich . . . Einwilligung nicht auffassen . . . einseitige Willenserklärung". Goldmann-Lilienthal § 156 Nr. 2; Borcherdt, Mietsr. 1899 S. 94; Staudinger N. II, 1 und 3; Planck N. 2b; Oertmann N. 3b; Crome, System II § 241 zu N. 13; Mittelstein S. 250; Fuld S. 106 Note 1; a. M. Niendorff § 33, 2a.: „Nur eine Feststellung, ob durch die Aftermiete in die Rechte des Vermieters eingegriffen wurde . . ., welche auch auf Grund einer Erklärung gegenüber dem Aftermieter getroffen werden kann". Also eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Untermieter, wie jedem beliebigen Dritten gegenüber oder in beliebiger sonstiger Weise kundgegeben werden könnte. Endemann a. a. O. in Verfolg seiner oben geschilderten Ansicht (§ 182) hält auch Erklärung gegenüber den Untermieter für genügend; Paech a. a. O. S. 16: es bedürfe nicht einer gerade an den Hauptmieter gerichteten Erklärung; Neumann § 549 N. 4 ohne nähere Begrüundng.

[3]) So Eltzbacher, Handlungsfähigkeit Bd. 1 S. 170.

[4]) So Oertmann Anm. 3c.

Angaben gemacht hat,[5]) sie ist aber als empfangsbedürftige Willenserklärung nach ihrem Zugehen an den Mieter unwiderruflich[6]) (§ 130, 1 Satz 2). Auch der Erwerber der Mietsache ist an die von dem (früheren) Vermieter erteilte Erlaubnis gebunden, da sie eine aus dem Mietverhältnis entsprungene Verpflichtung gegenüber dem Mieter in sich schließt.[7]) Sie kann auch nicht unter einer Bedingung erteilt werden, z. B. der, daß der Dritte nicht einen unehrbaren Lebenswandel annehme, oder für die Zukunft zurückgenommen werden, weil nachträglich ein Ereignis eintritt, daß, falls es vor Erteilung der Erlaubnis geschehen wäre, einen wichtigen Grund zu deren Verweigerung abgegeben haben würde.[8]) Ihre oben hervorgehobene, vom Gesetz beabsichtigte, Wirkung, daß sie der Gebrauchsüberlassung den Stempel des widerrechtlichen Verhaltens von vornherein nimmt und sie damit als innerhalb des dem Mieter zustehenden selbständigen Gebrauches liegend erklärt, wird nur dann vollständig erreicht, wenn sie sich lediglich auf die Person des Dritten beschränkt, ohne der — ein internum zwischen Mieter und Dritten darstellenden — Gebrauchsüberlassung einen ungewissen Endpunkt zu setzen. Anderenfalls — wenn nämlich die Gebrauchsüberlassung nachträglich infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung oder der Rücknahme wegen eines später eingetretenen wichtigen Grundes den Charakter eines vertragswidrigen Gebrauches erhielte, — bliebe dem Mieter nur die Wahl zwischen der Verletzung des Hauptmiet- oder der

---

[5]) Niendorff § 33, 4a; Planck a. a. O.; Staudinger N. 2, 3; Crome, System § 241 N. 14; Goldmann-Lilienthal § 156 N 13; a. A. Oertmann N. 3b, 4bβ im Zweifel nur bis zum Abschluß des Gebrauchsüberlassungsvertrages.

[6]) s. Note 5.

[7]) Oertmann N. 3b a. E.

[8]) Niendorff a. a. O.; a. M. Oertmann 4bβ: Es ist zu unterstellen, daß jede erteilte Erlaubnis mit der Beschränkung zu verstehen ist, daß sie zurückgenommen werden kann, wenn später ein wichtiger Grund eintritt, oder dem Vermieter erst später bekannt wird. Mittelstein will nicht so weit gehen, Zurücknahme aber bis zum Abschluß des Gebrauchsüberlassungsgeschäftes zulassen. Dies ist unrichtig, weil dieser Vorgang ein internum zwischen Mieter und Drittem bildet.

des Untermietverhältnisses, und in beiden Fällen wäre seine Schädigung eine regelmäßige Folge. Dies würde der Absicht des Gesetzes widerstreiten. Daher ist die Annahme gerechtfertigt, daß das Gesetz die Erlaubnis als eine endgültige Entscheidung des Vermieters vorgeschrieben hat, und dieser sich das Verhalten des einmal zugelassenen Dritten so lange gefallen lassen muß, als sich dessen Gebrauch nicht als vertragswidrig erweist (§ 553). Hat doch das Gesetz für diesen Fall zum Schutze des Vermieters mehrere Bestimmungen aufgestellt (§§ 549, 2, 553, 556 s. u.). Auch mit einer auf einen kürzeren Zeitraum als die Dauer des Hauptmietverhältnisses von vornherein beschränkten Erlaubnis braucht sich der Mieter nicht zu begnügen. Zwar würde der für den Fall der Bedingung angeführte Grund, daß der Mieter in einen Zwiespalt seiner Rechtspflichten gelangen könnte, nicht Platz greifen, weil von vornherein eine zeitliche Anpassung des Untermietverhältnisses an die Erlaubnis möglich wäre. Allein, wäre dem Dritten diese Beschränkung nicht genehm, z. B. weil er sich nicht der Möglichkeit eines früheren Umzuges aussetzen will, so wäre sie geeignet, den Gebrauchsüberlassungsvertrag scheitern zu lassen, ohne daß augenblicklich ein wichtiger Grund zur Verweigerung der Erlaubnis vorläge. Mindestens aber stellte eine befristete Erlaubnis eine Beschränkung der der Zustimmung des Vermieters grundsätzlich entzogenen Abmachungen zwischen dem Mieter und dem, der Person nach nicht ablehnbaren, Dritten dar. Diese Wirkungen sind offenbar vom Gesetz nicht gewollt.

Als eine unzulässige Beschränkung des Mieterrechtes dürfte es auch anzusehen sein, wenn der Vermieter seine Erlaubnis nur für die Dauer des ihm mitgeteilten Rechtsgrundes der Gebrauchsüberlassung gibt, so daß der Mieter bei Wechsel des Rechtsgrundes, z. B. Leihe in Miete, eine neue Erlaubnis nachzusuchen hätte. Daß der Mieter, der weitervermietet hat und nunmehr an den bisherigen Untermieter seine Mietrechte abzutreten beabsichtigt, eine neue Willenserklärung des Vermieters einholen muß, ist, da diese von der „Erlaubnis“ wesens-

verschieden ist, selbstverständlich.[9]) Die Erlaubnis kann ferner an sich auf einen Teil der Wohnung beschränkt werden.[10]) Doch dürfte diese Beschränkung für den Mieter dieselben Wirkungen wie die Verweigerung nach sich ziehen.

c) Form der Erlaubnis.

§ 16.

Die Erlaubnis kann mangels besonderer Vorschrift grundsätzlich formlos erteilt werden,[1]) eine Regel, die auch bei Vorliegen eines schriftlichen Mietvertrages gilt, da die Erlaubnis nicht eine Vertragserklärung darstellt.[2]) Insbesondere wird man, zumal das Unterverhältnis meist nur für kurze, oder wenigstens kürzere Dauer als die des Mietverhältnisses eingegangen wird, gegenüber der Behauptung einer Erlaubniserteilung bei Abschluß des Mietvertrages aus der Nichterwähnung derselben in der Vertragsschrift keinen Schluß auf das Gegenteil ziehen dürfen. Dagegen kann durch Vertragsbestimmung die Wirksamkeit der Erlaubnis an schriftliche Erteilung geknüpft werden. Eine solche Bestimmung ist auch in der Klausel zu erblicken: „Untermiete ist dem Mieter nur mit schriftlicher Erlaubnis des Vermieters gestattet".[3])

---

[9]) Für letzteren Fall im Ergebnis übereinstimmend Paech a. a. O. S. 13; Oertmann N. 3d g. E., in der Begründung aber, entsprechend ihrer Auffassung von dem Verhältnis zwischen Gebrauchsüberlassung und Abtretung dahin abweichend, daß eine neue „Erlaubnis" erforderlich sei.

[10]) Förster-Eccius a. a. O. N. 103.

[1]) So für ALR., OTr. 28 S. 105: „... einseitige Willenserklärung ... jede gültig ... insofern nicht die Gesetze eine bestimmte Form vorgeschrieben haben ... nirgends vorgeschrieben". RG. in Gruchot 24 S. 479 oben: „mündliche Erklärung genügend". Koch a. a. O. N. 9.

[2]) OTr. 25 S. 392 (von diesem Falle handelnd): „nicht ... Mieter eigenmächtig gehandelt". Mittelstein S. 251; Oertmann § 549 N. 3.

[3]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 564 Anm. 6; Oertmann N. 3d; a. M. KG. in Rechtspr. 11 S. 141: Die schriftliche Erteilung der Erlaubnis ist lediglich zur Beweissicherung und Streitverhütung vorgesehen. Ebenso Niendorff § 33, 6; ähnlich Paech a. a. O. S. 17, der der Formbestimmung den Vertragscharakter abspricht. „Ein einseitige zu mehrerer Sicherheit der Parteien formell niedergelegte Vermietererklärung, von der

Hiernach nimmt eine nur mündlich erteilte Erlaubnis der erfolgten Gebrauchsüberlassung grundsätzlich nicht den Charakter eines vertragswidrigen Gebrauches der Mietsache seitens des Mieters (im Hinblick auf § 553);[4]) umgekehrt gilt aber die Erlaubnis als verweigert und berechtigt den Mieter zur Kündigung, wenn sie nur mündlich gegeben wird.[5]) Indessen wird eine mündliche Erlaubnis nach allgemeinem Grundsatze (§ 125 Satz 2) unter der Voraussetzung wirksam, daß die Parteien durch formlose, aber nachweisbare Vereinbarung[6]) die Vertragsbestimmung über die Schriftform außer Kraft gesetzt haben.[7])

Die Erlaubnis kann daher auch stillschweigend durch widerspruchsloses Dulden der Gebrauchsüberlassung erteilt werden, wobei die Kenntnis des Vermieters von der Überlassung selbstverständliche Voraussetzung ist; denn nur dann kann nach allgemeinem Grundsatz das Schweigen als indirekte Willenserklärung gedeutet werden.[8]) Der Mieter ist also nicht verpflichtet, die Erlaubnis besonders nachzusuchen.[9])

---

der Vermieter beliebig einseitig abgehen kann". Marcus im Recht 1905 S. 562: „nichts anderes, als eine Beweisabrede".

[4]) Doch würde der Mieter dem wegen vertragswidrigen Gebrauches klagenden Vermieter die exc. doli entgegensetzen können. Striethorsts Arch. 99 S. 46: „doloses Verhalten, wenn er dem Mieter erklärt hat, er könne so viel Schläfer halten, als er wolle".

[5]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.

[6]) Anders im preuß. R., Striethorsts Arch. 93 S. 43, eine solche mündliche Vereinbarung „mit Rücksicht auf ihren die Vertragsdauer betreffenden Gegenstand" (Entsetzungsrecht des Vermieters wird beseitigt) „unverbindlich": I, 5 § 133 („überhaupt müssen einseitige Willenserklärungen bei Gegenständen über 50 Taler, sobald ihre Folgen sich auf die Zukunft erstrecken sollen, schriftlich abgefaßt sein").

[7]) Borcherdt S. 35; Niendorff § 33, 2 a. a. O.; a. M. Mittelstein S. 252, Erteilung der Erlaubnis auch hier keine Vertragsänderung bedeutet.

[8]) Dagegen geht wohl RG. bei Bolze 12 Nr. 245 zu weit, wenn es Stillschweigen des Vermieters als nicht genügend bezeichnet, sondern eine bestimmte Handlung, aus der seine Zustimmung geschlossen werden könnte, fordert.

[9]) Planck N. 2b; Oertmann N. 3, 3d; Staudinger N. I, 2; Borcherdt S. 94; Dernburg II, 2 § 221 I, 2; Goldmann-Lilienthal § 156 Nr. 2; Niendorff § 33 Nr. 2; Mittelstein S. 251; Fuld S. 106; Paech a. a. O. S. 17.

Unter derselben Voraussetzuug kann die Erteilung der Erlaubnis auch in der widerspruchslosen Entgegennahme des Mietzinses aus der Hand des Dritten liegen.[10]) Die rechtliche Bedeutung dieses Vorganges erfüllt sich aber erst dann, wenn der Vermieter, obwohl er von der Gebrauchsüberlassung Kenntnis hat, — dem Mieter gegenüber — schweigt.[11]) Nicht aber kann aus jenem Vorgang gefolgert werden,[12]) daß die Erteilung der Erlaubnis dem Mieter gegenüber überhaupt nicht, — nicht einmal stillschweigend —, erforderlich sei. Dagegen liegt in der polizeilichen Anmeldung des Dritten durch den Vermieter noch keine Erlaubnis. Denn die polizeiliche Anmeldung der zugezogenen Personen ist eine öffentlichrechtliche Pflicht, deren Erfüllung dem Vermieter ohne Rücksicht auf seine privatrechtliche Befugnis, die Person weiter zu dulden oder ihren Wegzug zu erzwingen, obliegt.[13])

d) Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis.

§ 17.

Daraus, daß der Vermieter in der Erteilung der Erlaubnis nicht frei ist, sondern sie nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Dritten, ohne Rechtsnachteile zu erleiden, verweigern kann (s. unten), ergibt sich, daß das Institut der Erlaubnis sich auf eine Gebrauchsüberlassung an von Fall zu Fall bestimmte Personen oder wenigstens Personengruppen beschränkt.[1]) Infolgedessen muß der Vermieter über die Person

---

[10]) Niendorff § 33 Nr. 2.

[11]) RG. bei Gruchot 36 S. 1038.

[12]) Wie Niendorff a. a. O. tut.

[13]) KG. in Jahrb. d. Entsch. Bd. 7 S. 285 ff.

[1]) Eine Erklärung des Vermieters, daß er mit der Überlassung an beliebige Dritte einverstanden sei, ist daher keine Erlaubnis im Sinne des § 549, sondern eine vertragsmäßige Außerkraftsetzung dieser ganzen Bestimmung (darüber s. unten). — Planck N. 2b; Oertmann N. 3d; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 5; Borcherdt S. 34ff. dagegen nehmen an, daß auch die Gestattung der Gebrauchsüberlassung im allgemeinen als eine erweiterte Erlaubnis des § 549 anzusehen sei: Crome II § 241 Anm. 15; Mittelstein S. 251; Fuld S. 106; Dernburg II § 221 I, 2 (?).

des Dritten oder die Gruppe dritter Personen vor Erteilung der Erlaubnis so weit unterrichtet sein, daß er das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zu beurteilen in der Lage ist. Ihm diese Kenntnis zu verschaffen, z. B. auch durch Angaben über Beruf, ob Heim- oder Außenarbeiter, Zahl der Kinder usw., ist Sache des Mieters, der das nächste rechtliche Interesse an der Erlaubnis hat. Vorher ist dagegen der Vermieter zur Erteilung der Erlaubnis nicht verpflichtet;[2]) ein vorher gestelltes Erlaubnisbegehren kann der Vermieter wegen Mangels einer Voraussetzung ablehnen.[3]) Dagegen fehlt jeder Anhalt im Gesetz für die Annahme, daß die Erlaubnis wirksam erst nach Eintritt der Gebrauchsüberlassung an den Dritten erteilt werden könne; andernfalls würde der Mieter eine Verbindlichkeit eingehen müssen, deren Erfüllbarkeit nicht von ihm allein abhängt.[4])

3. Der Ausschluß des § 549 Abs. 1 durch Vertragsabrede.

§ 18.

Überläßt der Dritte den Gebrauch der Sache einem Vierten, so stellt der Gebrauch des Vierten ebenfalls nur dann keinen vertragswidrigen Gebrauch des Mieters dar, wenn der Vermieter seine Erlaubnis, und zwar seinem Vertragsgegner, dem Mieter, erteilt. Die Rechtslage ist dieselbe- wie wenn der Mieter die Sache neben dem Dritten noch einem Vierten überlassen wollte. Die gegenseitigen Rechtsverhältnisse der Mittelglieder zwischen dem Mieter und dem sein Recht von ihm herleitenden Gebraucher sind für den Vermieter bedeutungslos. Da der § 549, wie der größte Teil der gesetzlichen Bestimmungen über Miete und des Rechts der Schuldverhältnisse überhaupt dispositives Recht ent-

---

[2]) So schon für das preuß. R. Koch a. a. O. N. 13; Rehbein a. a. O. S. 838 N.

[3]) OTr. 59 S. 163: „Vermieter den Konsens . . . erst dann zu geben . . . unabweisbare Veranlassung . . ., wenn ihm seiner Person nach bestimmt bezeichnet . . .“; beitretend: RG. 41 S. 249ff.

[4]) RG. 35 S. 317: „§ 312 erfordert nicht . . . Vertrag mit dem Untermieter . . . bereits abgeschlossen“. Ebenso Mittelstein S. 250; Oertmann N. 3d.

hält, so kann die Anwendung des Paragraphen durch den Mietvertrag oder einen Nachtrag ausgeschlossen werden. An die Stelle der Gesetzesbestimmung kann einmal die Vereinbarung treten, daß der Mieter zur Gebrauchsüberlassung der Erlaubnis des Vermieters nicht bedürfe, also die Gebrauchsüberlassung ohne besondere Erlaubnis einen vertragswidrigen Gebrauch nicht darstelle. Erfolgt die Gebrauchsüberlassung im Wege der Abtretung der Mieterrechte (allein), so darf der neu Eintretende seinerseits den Gebrauch einem Vierten durch Abtretung der Rechte überlassen.[1]) Denn zu den ihm abgetretenen Rechten gehört auch das Recht auf erlaubnisfreie Abtretung. Für andere Rechtsgründe der Überlassung gilt jedoch nicht das Entsprechende; wollte z. B. der Aftermieter weitervermieten, so bedürfte er zwar nicht einer Erlaubnis des ersten Vermieters, aber der seines Vermieters, bezw. der dieselbe erübrigenden Vereinbarung mit diesem. Der Ausschluß des § 549 kann ferner nach der entgegengesetzten Richtung geschehen, indem die Erteilung der Erlaubnis in das freie Belieben des Vermieters gestellt, das Kündigungsrecht des Mieters also ausgeschlossen, oder was dasselbe bedeutet, die Gebrauchsüberlassung dem Mieter gänzlich versagt wird;[2]) denn selbstverständlich steht es dem Vermieter frei, von jener lediglich zu seinen Gunsten getroffenen Vereinbarung, ohne sie aufheben zu wollen, im einzelnen Falle abzusehen und dem Mieter durch eine einseitige Willenserklärung für eine bestimmte Person eine Erlaubnis im Sinne des § 549 in der Regel auch mündlich oder sogar stillschweigend,[3])

---

[1]) Urteil des RG. VI 16. 6. 1902 105/02 zit. nach Niendorff § 33 N. 5 für den Fall, daß die Klausel lautete: Mieter darf den Vertrag an . . . solvente . . . übertragen, doch haftet er während der Vertragsdauer weiter für die Miete.

[2]) Daß diese Vertragsabrede unzulässig sei, weil das Gesetz in dem Kündigungsrecht dem Mieter einen Ersatz für die bisher überall (??) unbeschränkte Zulassung der Untervermietung habe geben und den Mieter nicht wirtschaftlich vernichten wollen (so Ehrlich in Fischers Abh. z. PrivR. u. Zivilprozeß Bd. 2 H. 4: Zwingendes und nicht zwingendes Recht; dagegen mit Recht Oertmann § 549 N. 5 a. E.).

[3]) RG. bei Gruchot 36 S. 1038: „Vertrag . . . Verbot der Afterverpachtung . . . diese Verstärkung des dem Pachtvertrag schon gesetzlich

zu erteilen. Daß er damit sein vertragsmäßiges Recht aus dem Ausschluß des § 549 aufgeben wolle, kann hier ebensowenig vermutet werden, wie oben der vertragsmäßige Ausschluß der Gesetzesbestimmung nach der entgegengesetzten Richtung.[4])

Ob eine Vereinbarung solchen Inhalts aus der Fassung: „dieser Vertrag darf an niemanden abgetreten werden“ oder „die Aufnahme Dritter ist dem Mieter nur mit Erlaubnis des Vermieters gestattet“ u. a. zu entnehmen ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.[5]) Der § 549 bietet jedenfalls keine Auslegungsregel — sonst hätte das Gesetz die von ihm sonst benutzte Formel „im Zweifel“ gewählt — weder nach der Seite, daß obige Klauseln nur eine, in Mietverträgen auch sonst häufige[6]) Wiederholung gesetzlicher Bestimmungen enthalten, noch für das Gegenteil.[7]) Ersteres wird mangels genauerer Abrede daher z. B. bei einem Hause mit vielen kleinen Wohnungen in einer Stadtgegend mit zahlreichen Mietskasernen, das Gegenteil aber in einem Villenviertel — im Zweifel jedoch stets die Wiederholung der Gesetzesbestimmung, als die schwächere Wirkung, als gewollt anzu-

---

innewohnenden Verbots der Afterverpachtung schließt die Berechtigung zu einer solchen mit Einwilligung des Verpächters nicht aus. . . . Da für die Afterverpachtung . . . keine bestimmte Form vorgeschrieben . . . auch die stillschweigende Äußerung der Einwilligung gültig . . . Gesetz lediglich . . . Zweck . . . Eintritt . . . von unliebsamen Personen . . . zu verhindern“.

[4]) Borcherdt S. 35 zu N. 4; Paech a. a. O. S. 16; Mittelstein S. 252; Oertmann N. 3d; Goldmann-Lilienthal § 564 Anm. 6; Niendorff § 33, 2b. Anders freilich, wenn man in der Erlaubniserteilung eine Vertragsänderung sieht (s. oben), wie Fuld S. 106, der bei gesetzlich erforderter Schriftlichkeit dem Mieter nur eine exceptio doli gegenüber dem Verlangen des Vermieters auf Entfernung des Gebrauchsempfängers geben will; vgl. Oertmann N. 3d, der aber Borcherdt S. 94 u. 35 mißverstanden hat.

[5]) Der code civil hatte diesen Zweifel abgeschnitten: a. 1717 a. E. s. oben.

[6]) Infolgedessen besteht keine Vermutung dafür, daß die Parteien durch die Aufnahme einer Bestimmung über die Zulässigkeit der Untermiete in den Vertrag die gesetzlichen Bestimmungen über diesen Punkt in ihrer Gesamtheit ausschalten wollen (RG. 64 S. 296 ff.).

[7]) RG. a. a. O.

nehmen sein. Denn auch bei freier Beweiswürdigung ist der alten preußischen Beweisregel dahin zu folgen, daß der Verzicht eines Berechtigten (hier des Mieters) auf sein Recht (hier Kündigungsrecht) nicht vermutet werden kann, und es ist daher Sache des Vermieters, durch genaue Fassung der Bestimmung, insbesondere durch einen das Kündigungsrecht des Mieters ausdrücklich ausschließenden Zusatz, sich eine ihm günstigere Stellung zu sichern.[8])

Insbesondere ist auch in der Vertragsbestimmung, daß „der Mieter zur Untermiete der Erlaubnis des Vermieters bedarf", im Zweifel eine Wiederholung der gesetzlichen Bestimmung, nicht aber (aus dem eben erwähnten Grunde) der Ausschluß des dem Mieter gesetzlich zustehenden Kündigungsrechts zu erblicken. Daß der beiderseitige Vertragswille dem entgegenstand, hat daher der Vermieter im Streitfalle zu beweisen.[9]) Auch in der Vertragsklausel: „dieser Vertrag gilt nur für die angegebene Personenzahl" ist ein Ausschluß der Gebrauchsüberlassung nicht zu erblicken. Die Klausel besagt im Zweifel nur, daß der Mieter nicht einen Hausstand von höherer Kopfzahl als der von ihm angegebenen in die Wohnung aufnehmen darf.[10]) Ganz das gleiche wie von der Klausel, daß der Mieter der Erlaubnis des

---

[8]) Ebenso Planck § 549 Anm. 4; Oertmann Anm. 5; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 221 Nr. 8; Mittelstein S. 252 N. 14; im preuß. R. ebenso: OTr. 34 S. 165: „Abrede setzt . . . fest, was schon im Gesetz vorgeschrieben . . .; § 105 Einl. ALR: „Es kann nicht vermutet werden", daß Mieter sich des Rechts „habe begeben wollen"; Dernburg, Preuß. PrivR. II § 171 N. 16; a. M. Goldmann-Lilienthal § 156 zu N. 6: hält den Wortsinn der Klausel für ausschlaggebend. Desgl. Fuld S. 108 oben; Niendorff § 33 Nt. 5. erblickt in ihr stets den Verzicht des Mieters auf sein Kündigungsrecht. Koch, Komm. z. ALR. 8. Aufl. 1884 N. 13 zu § 312 unter Bezugnahme auf ein ungedrucktes Erkenntnis des OTr. v. 19. 1. 1849, weil nach I, 4 § 74 Willenserklärungen so zu deuten, daß sie im Zweifel nicht ohne Wirkung bleiben. Eccius II S. 186 Anm. 103: Die vorzeitige Aufkündigung ist nur statthaft, wenn nicht im Mietvertrage Untermiete ausdrücklich ausgeschlossen ist. KG. v. 13. 8. 1897, in Bl. f. Rechtspfl. Bd. 8 S. 103 ff.

[9]) Niendorff § 33, 5 a. E.; Rehbein III S. 838: „Vertrag . . . Bestimmung des Gesetzes zur lex contractus macht". Dagegen Koch und Eccius ihrem eben angeführten Standpunkte entsprechend.

[10]) vgl. Niendorff § 33, 5.

Vermieters bedürfe, gilt von der Abrede, daß die Gebrauchsüberlassung ohne schriftliche Erlaubnis des Vermieters verboten sei; nur wird hier die Wirksamkeit der Erlaubnis an die Schriftform geknüpft. Die Klausel würde daher in strenger Formulierung lauten: Die Erlaubnis zur Untermiete ist nur gültig, wenn sie schriftlich erteilt wird.[11])

Jene beiden Vereinbarungen, wonach unter Ausschluß des § 549 dem Mieter das Recht zur Gebrauchsüberlassung unbeschränkt gewährt oder völlig entzogen werden soll, sind, wie hervorgehoben, Vertragsklauseln. Als solche bedürfen sie grundsätzlich zur Wirksamkeit keiner Form, können daher auch stillschweigend eingegangen werden.[12]) Insbesondere gilt dies von der Gewährung des unbeschränkten Rechts auf Gebrauchsüberlassung, wenn nach dem Gebrauch des Ortes und der besonderen Ortsgegend (Oertmann a. a. O.) Untermiete üblich ist, wenn der Mieter, wie der Vermieter weiß, Pensionshalter ist, (Goldmann-Lilienthal a. a. O.), wenn der Mieter einer Schute dem Vermieter als eigener gewerbsmäßiger Vermieter von Schuten bekannt ist (Rechtsspr. X S. 166) oder das Gehöft auf einem verpachteten Grundstück Räume zur Unterbringung von Fremden sowie besondere Gaststallungen enthält (RG. 37 S. 354 ff.) und diese bereits von dem Vorgänger des Mieters Dritten zum Gebrauch überlassen worden waren.

Doch kann aus der bloßen Wiederholung stillschweigenden — bewußten — Duldens der Gebrauchsüberlassung nicht auf stillschweigende Vereinbarung eines Mieterrechtes zur unbeschränkten Gebrauchsüberlassung geschlossen werden; es liegt vielmehr nur wiederholte Erlaubnis vor.[13])

---

[11]) Gerade wegen des Einschlusses der Formbestimmung sehen in der Klausel nur eine Wiederholung des § 549: Niendorff § 33, 6 (dort als übereinstimmend zit. KG. 14 U. 1368/02); Mittelstein S. 254 Anm.; Goldmann-Lilienthal a. a. O.; Fuld S. 108. Ferner bereits für das preuß. R., KG. IX, 16. 1. 1893, zit. nach der folgenden abweichenden Entsch. S. 104; a. M. dagegen KG. in Bl. f. Rechtspfl. 1897 S. 103, das den Ausschluß des Kündigungsrechts annimmt, — die Schriftform allein würden die Parteien kaum verabreden.

[12]) Crome II § 241 N. 13.

[13]) So Borcherdt S. 94, der aber die wiederholte Erlaubnis mißver-

Auf jene Vereinbarung als Vertragsteil erstrecken sich dagegen die Beschränkungen, denen § 566 einen nicht in schriftlicher Form abgeschlossenen Grundstücksmietvertrag von mehr als einjähriger Dauer unterwirft. Entbehrt die Klausel eines solchen Vertrages der Schriftform, so ist sie keineswegs nach § 127 nichtig, da auch die Gültigkeit des Vertrages, dessen Teil sie ist, nicht an die Beobachtung der Form geknüpft ist. Doch zieht in analoger Anwendung des § 139 der mündliche Abschluß der Klausel für den im übrigen schriftlich beurkundeten Vertrag die Folgen der Nichtbeobachtung der Form, d. i. (§ 566) Geltung als mündlich abgeschlossener auf unbestimmte Zeit und gesetzliches Kündigungsrecht, nach sich, falls nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne sie (die Klausel) geschlossen sein würde.[14]) Trifft aber die letztere Annahme zu, ist also der schriftliche Mietvertrag als vollwirksam anzusehen, so wird die Gültigkeit der Abrede ebensowenig berührt als im ersten Fall. Da sie aber Vertragsinhalt in sich birgt, so gilt sie nach § 566 zunächst nur für ein Jahr und ist nach dessen Ablauf mit gesetzlicher Frist kündbar.[15]) Die Verschiedenheit in der Dauer des Vertrages und einer Nebenabrede,

---

ständlich als „generelle Erlaubnis" bezeichnet. Entgegenges. M. Mittelstein S. 251.

[14]) So Planck § 566 N. 4a; ebenso Oertmann § 566 N. 4: Der Form des § 566 ist für den ganzen Vertrag nicht genügt, wenn eine, objektiv vom Standpunkt des Geschäftstypus oder subjektiv nach der Parteiabsicht, wesentliche Nebenabrede nur mündlich geschlossen worden ist. Ferner Niendorff § 12 N. 4 vor a. Ähnlich, aber unter Ablehnung der Analogie des § 139, folgert Goldmann-Lilienthal § 152 N. 18 aus § 566: Wäre ohne die Abrede der Vertrag nicht geschlossen worden, so besteht der Vertrag aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil, also kommt er nur als mündlicher in Betracht; unter Berufung auf RG. 40 S. 256 („Ein nur teilweise in Schriftform gebrachter Vertrag kann nur als mündlicher in Betracht kommen", allgemein, nicht speziell von dem vorliegenden Falle handelnd). A. M. Mittelstein S. 71 und Fuld S. 50: Alle Nebenabreden, die nicht die objektiven Essentialien des Mietvertrages, wozu das Recht der Untervermietung nicht gehört, betreffen oder Teilen der Vertragsschrift entgegenstehen, können mündlich wirksam abgeschlossen werden. Borcherdt S. 29 verneint die Gültigkeit aller mündlichen Nebenabreden.

[15]) So Buck bei Gruchot 48: „Bedarf die nachträgliche Vereinbarung einer Herabsetzung des Mietzinses, wenn sie auf länger als ein Jahr gelten

von deren Aufnahme der Abschluß des Mietvertrages in den Augen der Parteien nicht abhängt, kann als im praktischen Leben unerträglich nicht bezeichnet werden.

War von den Parteien Beurkundung des Vertrages vereinbart worden, so gilt im Zweifel (§ 125 Satz 2) von der Gültigkeit der Klausel das eben Gesagte mit der Abweichung, daß an die Stelle der zeitlichen Beschränkung mangels einer dem § 566 für

---

soll, der Schriftform des § 566?" S. 731; OLG. Braunschweig, 27. 5. 1904 (im Recht 1904 S. 334); a. A. Planck, Goldmann-Lilienthal: Solche mündliche Nebenabreden sind unbeschränkt wirksam, da das Gesetz keinen Anhalt für das Gegenteil ergibt. Oertmann, Mittelstein und Fuld sprechen in gleichem Sinne von der Abrede als einer unwesentlichen Nebenabrede. Auch Koch N. 43 I, 5 § 133 kommt zu dem gleichen Ergebnis, wenn er in einer nach Abschluß des schriftlichen Vertrages getroffenen Vereinbarung über unbeschränkte Überlassung an Drittgebraucher eine Vertragsänderung nur dann sieht und daher die schriftliche Form fordert, wenn die Drittgebraucher in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zu dem Vermieter eintreten sollen. Z. B. bei Abtretung, nicht aber für die übrigen Fälle, da es sich bei ihnen nur um die Negativfeststellung der Rechtswidrigkeit des Gebrauches handelt. Ebenso Dernburg a. a. O. N. 7. — Im preuß. R. nahm man dagegen außer dem eben Genannten, für jenes wohl richtig an: Weil durch die allgemeine Zulassung der Untermiete ein naturale negotii geändert wird, d. h. eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen stattfindet (§ 309 ff.), ist eine mündliche Vereinbarung dieses Inhalts im Gegensatz zu den unwesentlichen Abreden neben einem schriftlichen Vertrage unwirksam, mag sie bei Abschluß des Vertrages oder später getroffen werden. OTr. 25 S. 388: „ . . . müssen diese abändernden Bestimmungen notwendige Bestandteile des schriftlichen Vertrages bilden, da bei dem schriftlichen Vertrag „alles, was auf die Verabredung der Parteien ankömmt, nur nach dem schriftlichen Vertrage beurteilt" (§ 127 I, 5), auf mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen wird". Rehbein a. a. O. S. 837 N. geht weiter: Hat der Vermieter dem Mieter mündlich allgemein die Zulassung der Untermiete erklärt und der Mieter im Vertrauen darauf gehandelt, so hat dieser gegen die Exmissionsklage des Vermieters die exceptio doli, doch kann der Vermieter seine Erklärung zurücknehmen. Striethorsts Arch. Bd. 93 S. 42: „Erklärungen . . . jeweilige Aftervermietungen im voraus genehmigen . . . war hierüber in dem schriftlichen Mietvertrage nichts bestimmt . . ., so würden dieselben als mündliche Nebenabreden oder nachträgliche mündliche Änderungen der gesetzlichen Wirkungen der Schrift bedeutungslos sein. RG. bei Gruchot 24 S. 478: „als mündliche Nebenabrede oder nachträgliche mündliche Änderung der gesetzlichen Wirkungen der Schrift ohne Bedeutung"; ebenso Förster-Eccius N. 100.

diesen Fall entsprechenden Bestimmung die Nichtigkeit tritt (§ 125 Satz 2). Die Klausel würde also, wenn nur formlos verabredet, im Zweifel nichtig sein (§ 125 Satz 2), und die Gültigkeit des übrigen Vertrages davon abhängen, ob der Vertrag auch ohne sie geschlossen sein würde (§ 139). Häufig wird jedoch der erweislich übereinstimmende Wille der Parteien, in Außerkraftsetzung der Beurkundungsabrede, der Klausel, auch bei formloser Vereinbarung, Rechtswirkung verleihen.[16]) Ja, nicht selten wird dieser Wille sich ohne ausdrückliche Erklärung aus den Umständen ergeben,[17]) insbesondere überall dann, wenn die Klausel selbst, wie z. B. in den oben aufgeführten Fällen, stillschweigend vereinbart wird (s. o.).[18])

Für die Aufhebung oder Änderung (z. B. des absoluten Verbotes der Untermiete in völlige Unbeschränktheit) einer Vereinbarung über die Ausschaltung des § 549 gelten hinsichtlich der Form dieselben Regeln wie für ihren Abschluß, da es sich in beiden Fällen um eine Vertragsabrede handelt. Auch wenn sie Teil eines Mietvertrages ist, für dessen volle Wirksamkeit das Gesetz Schriftform zur Voraussetzung macht, kann sie formlos aufgehoben (nicht: nur geändert)[19]) werden, da die Form in

---

[16]) Mittelstein S. 72; Borcherdt S. 29; Fuld S. 51; a. M. Staudinger § 549 N. 1, der bei schriftlichen Verträgen für die vertragsmäßige Zulassung oder Ausschließung der Untermiete stets Schriftform verlangt und Borcherdt S. 94 I a. E. mit der Begründung, daß die Abrede in Widerspruch zu der durch den Vertrag als naturale negotii begründeten Verpflichtung des Mieters zur Einholung der Erlaubnis im Einzelfall stehe; es sei auch gleichgültig, ob die Vertragsschrift von der Untermiete schweige oder eine der in Rede stehenden Abrede widersprechende Vereinbarung enthalte, bezw. nur Schriftform für die Einzelerlaubnis vorschreibe; doch könne der Mieter dem Verlangen des Vermieters auf Entfernung des Dritten mit der exc. doli begegnen.

[17]) Goldmann-Lilienthal § 156 Anm. 5; Oertmann § 549 Anm. 3; Mittelstein S. 251.

[18]) Die Wiedergabe einer RGE. in Sörgel, Rechtspr. 1906 S. 164 Nr. 5, wonach es hier unerheblich ist, ob im Vertragsformular für den Vermieter ein Recht zum Widerruf der „Erlaubnis“ festgesetzt ist, ist zu kurz, um die Sachlage deutlich erkennen zu lassen.

[19]) Da in diesem Falle zugleich ein Neues in den Vertrag aufgenommen wird, gelten dieselben Regeln als für den Abschluß der Vereinbarung.

diesem Falle nicht Gültigkeitserfordernis ist und wie der ganze Mietvertrag, so auch ein Teil desselben formlos aufgehoben werden kann.[20])

4. Das Kündigungsrecht des Mieters.

a) Verweigerung der Erlaubnis.

§ 19.

Aus dem Begriffe der Erlaubnis ergibt sich die Zulässigkeit ihrer Verweigerung. Das Gesetz hat diese schrankenlos, jedoch nur für den Fall, daß in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, gegeben, für die übrigen Fälle aber dem Mieter nicht einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, sondern nur das Recht, vor Ablauf des Mietverhältnisses mit der gesetzlichen[1]) Frist des § 565 zu kündigen, zugeteilt.[2]) Das Kündigungsrecht des Mieters hat hiernach zwei Voraussetzungen: die Verweigerung der Erlaubnis und die Abwesenheit eines wich-

[20]) Planck § 566 N. 3, 4a; a. M. Niendorff S. 4Vff., 60. „Änderungen ... können hinsichtlich der Form nicht anders vereinbart werden, als wenn sie sofort zu Bestandteilen des Vertrages gemacht worden wären ... Aufhebung einer einzelnen Vertragsbestimmung als Änderung des Vertragsinhaltes ... dagegen Aufhebung des ganzen Vertrages formlos geschehen kann".

[1]) Die gesetzliche Frist wählte das Gesetz statt der vertraglichen nach dem Vorgang der preuß. Rechtspr. (Prä. N. 1574: Samml. S. 124 und OTr. 34 S. 166), weil der Grund zur Kündigung nicht aus einer Vertragsbestimmung, sondern aus dem Gesetze entnommen ist.

[2]) So bereits das ALR., jedoch mit der Abweichung, daß das Kündigungsrecht nur dem Mieter von Wohnungen zusteht (§ 312 [310]) mochte Gebrauchsüberlassung, insbesondere Untervermietung, der ganzen Wohnung (§ 309) oder nur Aufnahme (§ 310) in dieselbe in Aussicht genommen sein. Dernburg a. a. O. N. 14; Koch, Komm. N. 9 a. E. (vgl. OTr. 68 S. 91: „Kein Zweifel, §§ 311 u. 312 auf ... Fälle des § 309 nicht angewendet werden können, in denen ... andere Sachen als ... Wohnung ... Mietsobjekt". Den später nicht mehr erhobenen und heute nicht mehr interessierenden Zweifel, ob sich das Kündigungsrecht (§ 312) nicht vielleicht bloß auf den Fall der Aufnahme des § 310 bezieht, hat an der Hand der revisio monitorum (Bornemann IV S. 474) bereits das Erkenntnis des OTr. 34 S. 161ff., insbes. S. 164 mit andauerndem Erfolge bekämpft.

tigen Grundes für diese in der Person des Dritten. Da jedoch die Wichtigkeit des Grundes vom Standpunkte des Vermieters zu beurteilen ist, so hat im Prozesse dieser das Vorhandensein des Grundes zu behaupten und zu beweisen, nicht aber der Mieter dessen Abwesenheit. Die Fassung des Gesetzes führt zu demselben Ergebnis.

Die Verweigerung der Erlaubnis hat ihrerseits, wie oben ausgeführt, regelmäßig zur Voraussetzung, daß der Mieter den Vermieter über die Person des Dritten in ausreichender Weise unterrichtet hat.[3]) Ist die Aufnahme des Dritten aber vom Mieter nicht ernstlich beabsichtigt, sondern nur, um das Kündigungsrecht zu erlangen, vorgespiegelt worden, so kann der Vermieter seine Weigerung wegen Täuschung anfechten.[4]) Da die Erlaubnis sich nur auf die Gebrauchsüberlassung an eine bestimmte Person bezieht und daher nur in dieser Beschränkung von dem Mieter nachgesucht werden kann, so ist die Ablehnung des Ersuchens um Erteilung einer allgemeinen Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung — eine solche gibt es eben nicht — unter Vorbehalt der Geeignetheit des Dritten im einzelnen Falle nicht als Erlaubnisverweigerung im Sinne des § 549 anzusehen.[5]) Dagegen bedarf es des Nachsuchens der Erlaubnis für eine bestimmte Person überhaupt nicht — auch nicht im vorhergehenden Falle —, um das Kündigungsrecht des Mieters zu begründen,

---

[3]) Mittelstein S. 250 N. 3; Niendorff § 33, 4c; Rehbein a. a. O. S. 838 Anm. c; Staudinger N. II, 3 OTr. 59 S. 163: „Vermieter ... Konsens ... erst dann zu geben oder zu versagen ... unabweisbare Veranlassung ..., wenn ... Person ... bestimmt bezeichnet ...; solange dies nicht geschehen ..., jede Erklärung ... ablehnen darf ..., ohne den Mieter ... nach §§ 311, 312 zu einer Kündigung zu berechtigen". RG. bei Gruchot 24 S. 479 o.: „Versagung konnte nur geschehen, wenn der Mieter dem Vermieter Anzeige von der Aftervermietung an den Restaurateur N ... gemacht hat".

[4]) Borcherdt S. 87 bei N. 2 und RG. 35 S. 317: „Untermieter nur vorgeschoben ... Zurückweisung eines solchen, der in Wirklichkeit kein Untermieter ... Kündigungsrecht nicht zur Folge".

[5]) Niendorff § 33, 4c; Rehbein, Entsch. III S. 838 gegen die folgende Entscheidung; a. A.: OTr. 59 S. 161 (vgl. o. S. 63), S. 165: „Hat der Vermieter aber trotz dessen erklärt eine ausgesprochene bedingungslose Versagung seines Konsenses ... Mieter ... Recht zur Kündigung".

wenn der Vermieter von vornherein erklärt hat, überhaupt keine Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung erteilen[6]) oder nur Untermieter einer gewissen Art, z. B. altrenommierte Geschäfte aufnehmen,[7]) also gewissermaßen das durch § 549 verliehene Recht zur Prüfung der Person des Dritten überhaupt nicht ausüben zu wollen. Das Kündigungsrecht ist hier sogar dann gegeben, wenn diese Erklärung des Vermieters als Antwort auf den Vorschlag einer bestimmten, aber vorgeschobenen Person erfolgt.[8])

---

[6]) OTr. 59 S. 163: „Erklärt er (Vermieter) seinen Widerspruch auf alle Fälle, ohne ihn auf die Voraussetzungen des § 111 zu begrenzen . . . Mieter keine weitere Pflicht, ihm einen etwaigen Untermieter namhaft zu machen. S. 164: . . . dem Mieter die rechtliche Möglichkeit zur Aufnahme eines Untermieters überhaupt entzogen . . . geeignete Untermieter zu suchen . . . da zwecklos sein würde . . ., darum . . . Befugnis zur Kündigung erworben". RG. 35 S. 314 u. 41 S. 249 folgt in beiden Fällen der Entsch. d. OTr., RG. in JurW. 98 S. 310, 96 und OLG. Dresden (Sächs. Arch. 1906 S. 60) tun dies für das BGB. Es stimmen zu: Koch N. 13 a. E.; Planck N. 3a; Staudinger VI; Neumann N. 5c; Goldmann-Lilienthal § 156 Anm. 13. A. M. (unrichtig): Rehbein a. a. O. S. 839 N.: „Recht zur Kündigung . . . nur Mieter . . ., der aftervermieten will und eine Person hat. Die Deduktion des OTr. führt dahin, daß der bloße Streit über eine Rechtsfrage (ob der Mieter vermieten kann oder nicht) den Mieter zu einer Kündigung berechtigt".

[7]) RG. 35 S. 317: „Durch die Erklärung . . . nur altrenommierte Geschäfte . . . alle übrigen Untermieter . . ., auch wenn nicht Eigenschaften nach § 311 . . . im voraus abgelehnt . . ." Niendorff § 33, 4c. In sich widerspruchsvoll dagegen KG. in Rechtspr. 11 S. 141 ff.: Enthält der Mietvertrag die Bestimmung: „Mieter hat bei Ablehnung eines in Vorschlag gebrachten Aftermieters weder einen Entschädigungsanspruch noch ein außerordentliches Kündigungsrecht", so kann der Vermieter zwar einen Dritten auch ohne wichtigen Grund ablehnen, ist aber nicht berechtigt, sich der Prüfung der Vorschläge des Mieters durch allgemeine Verweigerung der Untermiete zu entziehen. Gibt er solche kund, so verbleibt dem Mieter das Kündigungsrecht. — Demgegenüber ist zu sagen: Kann der Vermieter nach Vertragsabrede ohne wichtigen Grund jeden beliebigen ihm vorgeschlagenen Dritten ablehnen und gedenkt er von dieser Befugnis ständig Gebrauch zu machen, so handelt er gerade loyal, wenn er dem Mieter dies mitteilt und ihm dadurch die vergebliche Mühe des Suchens nach einem Untermieter erspart.

[8]) RG. 17. 6. 1895, zit. nach Niendorff a. a. O. Nach BGB. gilt das gleiche offenbar deshalb, weil der Vermieter zur Abgabe der Erklärung

Ausdrückliche Erklärung ist bei der Verweigerung der Erlaubnis ebensowenig erforderlich als bei der Erteilung. Sie kann sich aus dem schlüssigen Verhalten des Vermieters ergeben. Insbesondere ist Stillschweigen des Vermieters auf eine Anfrage des Mieters als Verweigerung, und nur, wenn besondere Umstände auf das Gegenteil hindeuten, als Erteilung der Erlaubnis anzusehen.[9]) Doch wird der anfragende Mieter eine Antwort erst nach Ablauf einer angemessenen Frist erwarten können, binnen welcher der Vermieter sich nach der Person des Dritten zu erkundigen in der Lage ist.[10])

b) Der wichtige Grund in der Person des Dritten.

§ 20.

Eine nähere Bestimmung des in der Person des Dritten vorliegenden wichtigen Grundes für die Erlaubnisverweigerung, dessen Fehlen die zweite Voraussetzung des Mieterrechtes auf vorzeitige Kündigung bildet, ist im Gesetz nicht enthalten, mithin in das Ermessen des Richters gestellt.[1]) Grundsätzlich wird das Vorliegen eines wichtigen Grundes anzunehmen sein, wenn die berechtigten Interessen des Vermieters durch den Gebrauch des Dritten verletzt würden.[2]) Es ist hier auf das hinzuweisen, was oben zur Begründung der Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Gebrauch der Mietsache gesagt wurde, daß nämlich die Person des Mieters in mannigfachen Beziehungen für den Vermieter beim Vertragsschluß bestimmend und demgemäß der vertragsmäßige Gebrauch streng genommen an die Person des Mieters gebunden ist. Der Gebrauch durch jeden

---

nicht durch die Nennung der (vorgeschobenen) Person bewogen wird (vgl. S. 57 hier).

[9]) Niendorff § 33, 4a zu Anm. 2; Mittelstein S. 252 und enger Planck N. 3a: „stillschweigende Verweigerung“ in diesem Falle „unter Umständen anzunehmen“.

[10]) Neumann N. 4 a. E.: „Nichterteilung in angemessen gesetzter Frist“; Goldmann-Lilienthal § 156 N. 13.

[1]) Das ALR. § 311 faßte genauer: „unehrbares oder dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe“.

[2]) Mittelstein S. 253.

Dritten ist hiernach mit einer, wenn auch häufig ganz geringfügigen, Schädigung des Vermieters verbunden. Angesichts der gesetzlichen Billigung der Gebrauchsüberlassung muß also die für den Vermieter nachteilige Veränderung des bisherigen Zustandes, die einen wichtigen Grund für die Verweigerung der Erlaubnis abgeben soll, eine ziemlich erhebliche sein.[3]) Auch der Gesichtspunkt, daß der Vermieter den Dritten nicht als Mieter aufgenommen haben würde,[4]) oder der Dritte nur die bei dem Mietvertrage vorausgesetzten Eigenschaften des Mieters aufweisen müsse,[5]) ist nicht brauchbar. Dagegen ist das Interesse des Vermieters als verletzt zu betrachten, wenn besorgt werden muß, daß der Dritte von der Sache einen unsittlichen oder dem Hauptvertrage direkt zuwiderlaufenden Gebrauch machen werde.[6]) Ein solcher Gebrauch kann darin liegen, daß der Dritte die Wohnung als Absteigequartier für Prostituierte oder zu gewerbsmäßigem Spielen benutzt oder durch sonstiges mit lärmender Unruhe verbundenes Treiben (z. B. Trunk und Streit in der Familie) die Mitbewohner stört, — ferner etwa in dem gemieteten Laden ein Geschäft anderer Art als das des Mieters, insbesondere ein mit einem anderen Laden des Hauses konkurrierendes, betreibt oder in der Wohnung im Gegensatz zum Mieter einen mit störenden Geräuschen oder stärkerer Inanspruchnahme der Baulichkeiten verbundenen Gewerbebetrieb einrichtet, so daß, abgesehen von der Gefahr dauernder Schädigungen,

---

[3]) Prot. d. 2. Komm. zu § 516 sub ungerechtfertigte Versagung der Erlaubnis.

[4]) Gegen letzteres auch OLG. Kolmar, im Recht 1906 S. 116; Planck a. a. O.

[5]) Wie Niendorff § 33, 4b meint. Der letztere Gesichtspunkt, im Prinzip richtig, ist für die Durchführung doch zu subtil. Der erstere dagegen berücksichtigt nicht, daß der überwachende Einfluß des Vermieters auf den Gebraucher bei der Handhabung des Gebrauchs sehr viel wirksamer ist, wenn ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen ihnen besteht. Goldmann-Lilienthal § 156 N. 13: „wenn der Vermieter mit Recht besorgen kann, daß der Dritte einen vertragswidrigen Gebrauch im Sinne des § 553 von der Sache machen wird", zu eng, weil er nicht genügend berücksichtigt, daß der bloße Ruf des Dritten der Sache schaden kann.

[6]) Planck N. 3b.

die laufenden Reparaturen des Vermieters stark anzuwachsen drohen. In gleicher Linie hiermit steht die Benutzung kleiner Räume durch eine Familie mit vielen Kindern.[7]) Das Interesse des Vermieters würde ferner erheblich verletzt und der Gebrauch durch den Dritten als Teil des Mietgebrauchs sich von vornherein als vertragswidrig darstellen, wenn die Person des Dritten im Gegensatz zu der des Mieters übel beleumdet, z. B. jener mit Gefängnis oder Zuchthaus bestraft ist, oder wenn der wirtschaftliche oder gesellschaftliche Ruf des Hauses durch die Überlassung an den Dritten z. B. darum leiden würde, weil der Mieter einer herrschaftlichen Wohnung Schlafburschen aufnimmt,[8]) — ferner wenn der Dritte ein bekannter Schikaneur ist. Zahlungsunfähigkeit dürfte nur dann keinen wichtigen Grund zur Erlaubnisverweigerung darstellen, wenn der Mieter eigene Sachen in ausreichender Werthöhe (Hauptmietzins) in den Mieträumen beläßt, da der Vermieter[9]) anderenfalls die gesetzliche Pfandsicherung und das Absonderungsrecht im Konkurse einbüßen würde.[10]) Daß der Dritte ein persönlicher Feind des Vermieters ist, kann nur unter Umständen[11]) einen wichtigen Grund bilden, z. B. wenn der Vermieter im Hause wohnt.[12]) Da ferner der Mieter dem Dritten den Gebrauch der Mietsache nicht in weiterem Umfange überlassen kann, als er ihm selbst nach dem Mietvertrage zusteht, so stellt der Vorschlag eines Dritten in Verbindung mit der Anzeige, daß dieser den Gebrauch nur bei Vornahme baulicher Veränderungen und Einrichtungen oder Ver-

---

[7]) Mittelstein S. 253.

[8]) Arnold § 21 S. 100: „gesellschaftliche Stellung ... gleich gut ... wie erster Mieter". Ähnlich Staudinger N. 5; a. M. grundsätzlich Niendorff a. a. O., weil auch ein Analphabet ein guter Mieter sein könne.

[9]) Denn nach ALR. und BGB. steht nicht wie im gemeinen Recht dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten des Untermieters zu.

[10]) So Niendorff a. a. O.; Fuld S. 107 und Fränkel S. 35 wollen Zahlungsunfähigkeit stets als wichtigen Grund gelten lassen; dagegen: Crome II § 241 N. 18; Mittelstein S. 253; Oertmann N. 3bβ: nie, weil dem Vermieter zunächst der Mieter hafte.

[11]) Stets nach Arnold S. 100.

[12]) Niendorff a. a. O.

längerung der Mietzeit übernehmen wolle, zunächst einen Antrag des Mieters auf Änderung der vertragsmäßigen Leistungen des Vermieters, also auf Vertragsänderung, dar. Der Fall des § 549 liegt zunächst überhaupt nicht vor.[13]) Dagegen ist, obwohl der Fall der Gebrauchsüberlassung nicht vorliegt, der § 549 (mit Ausnahme des Kündigungsrechts) analog anzuwenden, wenn der Konkursverwalter des Mieters den Hauptmietvertrag nach § 19 KO. gekündigt hat und nunmehr dem Vermieter einen Ersatzmann präsentiert. Dem Vermieter kann eine Ablehnung des letzteren auch dann nicht zum Nachteil gereichen, wenn in dem Vertrage mit dem Schuldner das Kündigungsrecht des § 549, 1, abgesehen von dem Fall der Ablehnung „anständiger" Menschen, nicht ausgeschlossen war, der Ersatzmann aber nur ohne diese Klausel einen Vertrag abschließen will.[14])

Wenn auch Vorhandensein und Wichtigkeit des Grundes vom Standpunkt des Vermieters aus zu beurteilen ist, so ist doch nicht die Annahme des Vermieters von dem Vorhandensein eines wichtigen Grundes, sondern das objektive Vorliegen eines solchen entscheidend. Die Verweigerung der Erlaubnis ist daher auch dann ohne Nachteil für den Vermieter, wenn zwar nicht der von ihm damals angenommene Grund, wohl aber ein ihm nachträglich bekannt gewordener, aber schon früher vorhandener, sich als stichhaltig erweist. Für eine grundsätzliche Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Grund der Erlaubnisverweigerung mitzuteilen, fehlt, abgesehen davon, daß eine solche im Gesetz nicht erwähnt wird, ein zwingender Anlaß. Daß dem Mieter hierdurch die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt und sein Kündigungsrecht ausschließt, erschwert

---

[13]) a. M. Niendorff § 33, 4b, der es von den Umständen abhängig wissen will, ob in diesem Falle nicht ein wichtiger Grund zur Erlaubnisverweigerung vorliege. Für den Fall des Verkaufs eines Geschäftes jedoch wie Text: a. a. O. § 33 Nr. 5 a. A. und dort zitiert: RG. v. 7. 1. 1901 VI, 306/00.

[14]) So OLG. Königsberg, in Posener Monatsschr. 1905 S. 149. „Kann ihm (Vermieter) . . . nicht zugemutet werden, daß er . . seine Rechtslage verschlechtert".

wird, kann nach dem eben Gesagten nicht anerkannt werden.[15]) Nur wenn der Mieter den Vermieter ausdrücklich um Begründung der Erlaubnisverweigerung ersucht hat, ist die Angabe des Grundes nach Treu und Glauben als eine Vertragspflicht anzusehen,[16]) deren Nichterfüllung den Vermieter schadensersatzpflichtig machen würde, z. B. wenn sich nachträglich die Abwesenheit wichtiger Gründe herausstellt, und zwar hinsichtlich des Schadens, den der Mieter durch das Unterbleiben der Gebrauchsüberlassung erleidet.

Gar nicht in Betracht kommt für die Frage, ob der Vermieter die Erlaubnis verweigern kann, der Beweggrund des Mieters für die Vornahme der Gebrauchsüberlassung, insbesondere der Umstand, daß eine unfreiwillige Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse ihn dazu zwingt. Ein in der 2. Kommission gestellter Antrag, das Kündigungsrecht auf diesen Fall zu beschränken, wurde abgelehnt.[17])

---

[15]) Gegen die Begründung des OTr. Bd. 68 S. 95 (der Koch N. 12 folgt): „Mieter in der Lage sein muß, den wichtigen Grund zu prüfen", nämlich, um beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen seines Kündigungsrechts vorliegen, und: „er sich in dieser Lage nur in betreff der ihm von dem Vermieter angegebenen Gründe befindet". Mit Recht Rehbein a. a. O. S. 839 N.: „der Mieter, der den Aftermieter kennt, immer selbst prüfen kann, ob die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen . . .; ob die Versagung begründet ... ist im Rechtsstreit zu entscheiden". Ebenso Mittelstein S. 254; Oertmann N. 4b a. E.; Planck N. 3b a. E.; a. M. Fuld S. 107 mit der im Text bekämpften Begründung; Niendorff § 33, 4b: Der Mieter erwirbt das Kündigungsrecht, sowohl wenn der Vermieter ihm keinen Grund angibt, als wenn der von ihm angegebene und gerade dieser nicht besteht. Dernburg II, 2 § 221 Nt. 5: Treu und Glauben werden in der Regel Angabe des Grundes fordern. Derselbe, preuß. PrivR. II § 171 bei N. 16 wie Niendorff.

[16]) vgl. Mittelstein; Planck a. a. O.

[17]) Prot. Bd. 2 a. a. O.; Planck N. 3c.

II. Die Einwirkung des Hauptmietverhältnisses auf das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Drittgebraucher und umgekehrt.

§ 21.

Das der Gebrauchsüberlassung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Mieter und dem Dritten ist, wie bereits hervorgehoben, in seiner Entstehung von dem Hauptmietverhältnis unabhängig.[1])

Der Untermietvertrag z. B. ist daher unter seinen Parteien nach Voraussetzungen und Wirkungen wie jeder andere Mietvertrag zu betrachten.[2]) Insbesondere ist die Gültigkeit des

---

[1]) So bestimmte ausdrücklich ALR. § 323. „Die Rechte und Pflichten zwischen dem Haupt- und Untermieter werden lediglich nach dem zwischen ihnen bestehenden besonderen Kontrakte beurteilt, welcher aus dem Hauptkontrakt nur insofern ergänzt und erklärt werden kann, als in jenem auf diesen ausdrücklich Bezug genommen worden."

[2]) Dies gilt, falls nichts anderes vereinbart ist, für die Dauer des Hauptmietverhältnisses auch dann, wenn der Vermieter dem Untervertrag beigetreten ist. Dieser Beitritt hat nur die Wirkung, daß der Vermieter das Unterverhältnis an Stelle des Mieters weiterzuerfüllen hat, wenn die Hauptmiete vor ihm zu Ende gehen sollte. Borcherdt § 44 a. Af.; Mittelstein § 70 a. E. — Das ALR. bestimmte in § 322 für diesen Fall umgekehrt, daß der Untermieter an die Stelle des Mieters treten solle. § 322: „Ist jedoch der Verpächter oder Vermieter einem zwischen diesen (Mieter und Untermieter) auf längere Zeit geschlossenen Vertrage ausdrücklich beigetreten, so tritt mit Ablauf der Zeit des . . . Hauptmieters, der . . . Untermieter, in Ansehung des Vermieters, an die Stelle des ersteren". Diese Bestimmung legte man mit Recht dahin aus, daß in jenem Zeitpunkt ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem Aftermieter und Vermieter auf wechselseitige Erfüllung des Aftermietvertrages eintrete. Striethorsts Arch. 52 S. 4: „als Teilnehmer", Vermieter, „nicht Zessionar" des Mieters sondern (S. 5) „aus eigenem Recht" berechtigt; übereinstimmend Koch N. 25 und Förster-Eccius N. 100. Vielleicht könnte man nach der heutigen Terminologie sagen, daß Vermieter, Mieter und Dritter einen durch die Beendigung des Hauptmietverhältnisses aufschiebend befristeten Vertrag auf Gewährung des Gebrauches durch den Vermieter an den Dritten in den Grenzen des Untermietvertrages schließen. — Die ausdrückliche Erwähnung der Streitigkeiten zwischen Mieter

Untermietvertrages von der Erlaubnis des Vermieters wie von dem Vorhandensein des Hauptmietvertrags überhaupt unabhängig.[3]) Die Möglichkeit, eine fremde Sache nachträglich zu mieten oder die, wenn auch stillschweigende, Erlaubnis, des Vermieters zu erlangen, selbst wenn dieser sie von vornherein verweigert hätte, ist für den Untervermieter nie in dem Sinne ausgeschlossen, daß eine objektive Unmöglichkeit (§ 306 BGB.) der Gebrauchsüberlassung anzunehmen wäre. Daher haben die Vertragschließenden den übernommenen Verpflichtungen ohne Rücksicht auf Erteilung oder Verweigerung der Erlaubnis nachzukommen. Wußte der Dritte aber beim Vertragsschlusse nicht, daß er eine nicht im Eigentum seines Vermieters stehende Sache miete, so dürfte er den Gebrauchsüberlassungsvertrag wegen Irrtums über eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Mietsache anfechten (§ 119 Abs. 2) können.[4]) Jedenfalls tritt, wenn der Vermieter die Erlaubnis verweigert oder den Mieter nach § 553 abmahnt, dem Dritten einen Gebrauch zu gestatten, der zwar dem Unterverhältnis, nicht aber den Hauptmietvertrage entspricht, für den Mieter nachträglich ein Unvermögen zur Gewährung des Gebrauches erst in dem Augenblicke ein, in welchem der Vermieter dem Dritten die Sache entzieht.[4a])

---

und Untermieter neben denen zwischen Vermieter und Mieter in der neuen Fassung des § 23 GVG. (Zuständigkeit des Amtsgerichts) ist überflüssig. — Im ALR. begründete übrigens die Übergabe der Mietsache an den Untermieter, wenn die Untermiete vom Vermieter erlaubt war, ein dringliches Recht, wie es der Mieter an der Sache hat. Förster-Eccius N. 102a; RG. bei Gruchot 32 S. 698: Anspruch auf „Gebrauch . . . wird zu dinglichem Recht, sobald . . . Übergabe . . .; dasselbe gilt von der Aftermiete".

[3]) So schon OTr. in Striethorsts Arch. 25 S. 228: „Gültigkeit des Afterpachtvertrages . . . an sich von der Genehmigung des Hauptverpächters nicht abhängig".

[4]) Mittelstein S. 261, 81ff.

[4a]) Striethorsts Arch. 25 S. 228: „Solange . . . Afterpächter sein Recht ausüben kann, . . . an den Vertrag gebunden . . . muß seinerseits erfüllen". Bolze Bd. 7 Nr. 524 S. 194. Der Untermieter kann daher den pränumerando zu entrichtenden Untermietzins selbst dann nicht verweigern, wenn der Vermieter gegen den Mieter auf Aufhebung des Mietvertrages Klage erhoben und dies dem Untermieter mitgeteilt hat. Irrig weniger weit geht Rehbein a. a. O. S. 842 N.: „Solange . . . Haupt-

Die Wirkungen dieses Unvermögens für das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Drittem bestimmen sich nach dessen Eigenart, insbesondere bei Abtretung des Gebrauchsrechtes nach dem Kausalgeschäft der Abtretung. Der Untermieter gewinnt das fristlose Kündigungsrecht der §§ 542, 545, 541[5]) und das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[6]) Wußte er aber beim Abschlusse des Untermietvertrages, daß sein Vertragsgegner nur Mieter war, und[7]) dessen Vermieter eine Erlaubnis noch nicht erteilt oder gar verweigert hatte, oder daß das Hauptmietverhältnis vor dem Unterverhältnis zu Ende gehe, so stehen ihm diese Rechte (§§ 541, 543, 539 Satz 1) nicht zu.[8]) Der Kenntnis steht nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 541 führt nur § 539 Satz 1 an) grobfahrlässige Unkenntnis nicht gleich. Der Untermieter ist also nicht verpflichtet, sich vor dem Vertragsschluß zu erkundigen, ob der Mieter in der Lage sei, seinen Vertragspflichten

---

vermieter nicht . . . klagt oder Exmission androht . . ., wird . . . Untermieter nicht zurücktreten können".

[5]) Nicht aber kann der Untermieter, wie Borcherdt S. 96 behauptet, bei Nichtvorliegen der Erlaubnis dem Mieter eine Frist setzen und nach deren Ablauf kündigen. Denn § 541 macht Gebrauchsentziehung zur Voraussetzung des Kündigungsrechts. Mittelstein S. 261, 104; Goldmann-Lilienthal N. 20 a. a. O.

[6]) Richtig Rehbein a. a. O. S. 842 N.: „Ohne vorherige Genehmigung wird der Untermieter regelmäßig die Übergabe nicht als Erfüllung anzunehmen brauchen". — Auch nach ALR. hatte der Mieter für Gewährleistung aufzukommen. Förster-Eccius zu N. 102; RG. bei Gruchot 33 S. 994 ff.: „Haupt- und Untermieter . . . Verhältnis zunächst durch die mangelnde Genehmigung des Hauptmieters nicht beeinflußt. Erst wenn ihm (Untermieter) vom Hauptvermieter . . . Mietrecht entzogen . . . Untermieter gegen ihn (Hauptmieter) Anspruch auf Gewährleistung und Entschädigung".

[7]) Schon an die erste Voraussetzung allein knüpft Mittelstein S. 92, 261 die im Nachsatz ausgesprochene Folge. Mit Unrecht, denn s. u. Text und RG. 41. Nr. 39 für das gemeine Recht in einer Pachtsache.

[8]) Ausgenommen selbstverständlich, wenn der Mieter ausdrücklich die Gefahr für die Verweigerung der Erlaubnis übernommen hatte. Mittelstein a. a. O.; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Ausgenommen ferner, wenn der Untermieter die Entziehung dadurch verschuldete, daß seine Gebrauchsübung dem Hauptvertrage (§ 553) und dem Unterverhältnis zuwiderlief oder er seine Obhutspflicht vernachlässigte (Borcherdt S. 96 oben).

dauernd nachzukommen, insbesondere ob eine Erlaubnis vorliegt oder das Hauptmietverhältnis andauert.[9]) Hat sich der Mieter bei Eingehung des Unterverhältnisses zur Beschaffung der Erlaubnis verpflichtet, ohne daß die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes von deren Erlangung ausdrücklich abhängig gemacht wurde, so ist dieses unbedingt geschlossen worden.[10]) Jene Verpflichtung hat außerdem in Wirklichkeit einen anderen Inhalt als den im Vertrage genannten. Wie könnte sich jemand verpflichten, daß die relativ freie Entschließung eines anderen nach einer bestimmten Richtung hin fallen werde? Jene Verpflichtung hat im Grunde vielmehr Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt des Dritten für den Fall der Verweigerung[11]) der Erlaubnis zum Gegenstande, m. a. W. der Mieter macht sich für das Ausbleiben der Handlung eines anderen, des Vermieters, im voraus verantwortlich.[12]) Soll dagegen nach der Absicht der Parteien die Gültigkeit des Unterverhältnisses von der Erteilung der Erlaubnis durch den Vermieter abhängen, so ist hierin in der Regel eine aufschiebende Bedingung zu erblicken, und das abgeschlossene Rechtsgeschäft fällt in sich zusammen, wenn die Bedingung nicht bis zu dem verabredeten Beginn der Gebrauchsüberlassung eingetreten ist.[13]) War die

---

[9]) RG. bei Gruchot 35 S. 1030: „Dem (Untermieter) fiel bei Eingehung des Vertrages überhaupt ein Verschulden nicht zur Last, da er keine Pflicht verletzt hat. Dagegen (Mieterin) grobes Versehen . . . ihr allein bekannt . . . ihr Mietvertrag . . . gekündigt werden konnte". Niendorff § 34, 1; Fuld S. 112f.; jetzt auch Oertmann N. 4a.

[10]) Niendorff § 34, 1; Mittelstein S. 262; Fuld S. 113; a. M. f. d. preuß. R. OTr. in Striethorsts Arch. Bd. 10 S. 159: „Vertrag für den (Mieter), der ihn wegen des mangelnden Konsenses des Vermieters nicht erfüllen kann und darf, nicht verbindlich . . . Gegenstand der Abrede ein in die Essentialien des Geschäfts eingreifender . . . von ihr die bindende Kraft des Vertrages für den Mieter abhängig"; und ihm folgend Koch N. 990: eine in die Essentialien des Vertrages eingreifende Bedingung.

[11]) Das meint vielleicht Fuld S. 113 und Goldmann-Lilienthal a. a. O.

[12]) a. M. Mittelstein: Dem Dritten stehen dann dieselben Rechte wie bei der Entziehung des Gebrauches zu. Allein diese Rechtswirkung tritt eben erst mit der tatsächlichen Entziehung des Gebrauches ein.

[13]) Niendorff a. a. O.; Fuld a. a. O.; Mittelstein a. a. O.;

Gebrauchsüberlassung aber schon erfolgt, bevor feststand, ob die Erlaubnis erteilt oder verweigert ist, oder war die Vertragsbestimmung nicht auf die Erlaubnis, sondern deren Verweigerung abgestellt, so ist die vereinbarte Abhängigmachung der Gültigkeit des Überlassungsgeschäftes als auflösende Bedingung anzusehen, und diese ausgefallen, sobald die Verweigerung der Erlaubnis in die Erscheinung tritt, jedenfalls aber, wenn der Vermieter die Erlaubnis ausdrücklich ablehnt, mag er auch gegenüber dem Untermieter vorläufig sein Recht nicht zur Durchsetzung bringen.[14])

Dem Mieter als Untervermieter steht ein Pfandrecht an den vom Untermieter eingebrachten Sachen zu. Dagegen hat der Vermieter, zumal zwischen ihm und dem Dritten kein Vertragsverhältnis besteht, kein Pfandrecht an den Sachen des Dritten.[15]) Schiebt dagegen der Dritte seine Illaten denen des Mieters unter, und vereitelt er dadurch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den Sachen des Mieters, so kann der Vermieter von ihm Schadensersatz verlangen.[16])

Oertmann 4a a. E.; Koch N. 9 zu ALR. I, 21 § 309; Striethorsts Arch. 10 S. 157, zit. S. 82 N. 10.

[14]) Niendorff a. a. O.

[15]) Für das preuß. R. OTr. I S. 157: „Vermieter nicht befugt, wegen einer Forderung an seinen Mieter, einem Dritten, der in gar keinem verpflichtenden Rechtsverhältnisse zu ihm steht, sein Eigentum zu entziehen; S. 160: daß dem Hauptvermieter ... Pfandrecht an dessen (Aftermieter) Sachen gehöre, aus den Gesetzen nicht zu entnehmen"; zustimmend Lenz, Studien und Kritiken S. 159. — Nun bestimmt zwar die Deklaration zu § 395 desselben Tit. v. 21. 7. 1846, daß das Pfandrecht des Vermieters sich auch auf solche Sachen erstrecke, welche der Mieter ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt sei. Eine Entsch. des OTr. nach der Deklaration ist nicht bekannt geworden. Daß der Mieter die Sachen des Untermieters dem Vermieter verpfänden könnte, ist unrichtig. Durch Vertrag kann der Untermieter seine Sachen dem Vermieter verpfänden; und hatte er kein Eigentum daran, sondern nur ein Pfandrecht, so gilt dieses Pfandrecht dem Vermieter nach § 74 I, 20 verpfändet, nicht aber die Illaten des Aftermieters selbst. Auch nach preuß. R. hatte der Vermieter daher kein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters. So richtig Förster-Eccius § 136 N. 235 gegen Koch N. 11 zu § 395.

[16]) JurW. 1893 S. 146, 41, wo noch darauf hingewiesen wird, daß in diesem Falle nicht etwa der Vermieter ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an den Illaten des Aftermieters erlange; Niendorff § 34, 3.

Da den Vermieter und den Dritten während des Bestehens des Mietverhältnisses (vgl. dagegen § 556, 3) kein obligatorisches Rechtsband umschließt, so kann der Dritte bei schuldhafter und rechtswidriger Hinderung oder Störung seines durch den Besitz zu absolutem Charakter gelangten Gebrauchsrechts seitens des Vermieters nach § 823 Schadensersatz verlangen.[17]) Auf Unterlassung kann er gegen den Vermieter nur unter den Voraussetzungen der Besitzstörung klagen, im übrigen aber sich auch hier nur an seinen Vertragsgegner halten.[18])

Eine weitere Folge der Selbständigkeit des der Gebrauchsüberlassung zugrunde liegenden Vertrages, insbesondere der Untermiete, ist die, daß der Untermieter seinen Mietzins nur dem Mieter zu entrichten verpflichtet ist.[19]) Zahlt der Mieter aber seinen Mietzins nicht, so kann der Vermieter u. U. das Mietverhältnis kündigen[20]) und dann, wie unten zu zeigen, auch von dem Dritten Rückgabe beanspruchen (§ 556, 3). Die Möglichkeit, den Vermieter zu befriedigen, falls der Mieter nicht widerspricht, besteht zwar für den Gebrauchsempfänger wie für jeden beliebten Dritten (§ 267); doch gilt diese Leistung dem Mieter gegenüber nicht als Erfüllung, wenn der Dritte erkennen mußte, daß sie mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Mieters in Widerspruch steht (§ 678).[21])

---

[17]) Niendorff a. a. O.; RG. bei Gruchot 32 S. 699.

[18]) Arnold S. 103 Nr. 7.

[19]) Anders selbstverständlich, wenn dem Vermieter dieser Anspruch des Mieters freiwillig abgetreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen ist.

[20]) vgl. ALR. I, 21 § 316: „ . . . haftet der Hauptmieter . . . nach wie vor . . . für den ganzen Zins . . .“; § 318: „Hingegen hat er (Vermieter) auf den Zins, welchen dieser (Untermieter) dem Hauptmieter zu zahlen übernommen hat, ohne besondere ausdrückliche Verabredung kein Recht; sondern er kann, wegen seiner Forderungen an letzteren, nur durch den Weg eines ordentlichen Arrestschlages an diesen Zins sich halten.

[21]) Mittelstein S. 261 f. § 70 Nt. 3. — Anders, wenn der Mieter seinen Zinsanspruch dem Vermieter abgetreten hat, oder er diesem gepfändet und überwiesen worden ist. Fuld S. 100. — Über die Wirkung der freiwilligen Zahlung auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter s. unten. Das ALR. sprach in § 318 ausdrücklich aus, daß der Vermieter auf den

Ebensowenig wie die Rechtswirksamkeit des Gebrauchsüberlassungsgeschäfts von der Erlaubnis des Vermieters abhängt, wird durch sie, abgesehen von dem Falle der Übertragung des Mieterrechts, an den dem Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter entspringenden Rechten und Pflichten etwas geändert.[22]) Insbesondere wird der Gebrauch, den der Vermieter zu gewähren hat, durch die Erlaubnis nicht erweitert. Macht der Dritte von der Sache einen dem Mieter nicht gestatteten Gebrauch, so steht dies dem Mißbrauch des Mieters gleich[23]) und gibt u. U. dem Vermieter unter den für beide gleichen Voraussetzungen des § 553 ein Recht zur fristlosen Kündigung und unter denen des § 550 die Unterlassungsklage gegen den Mieter.[24]) Aus dem Fehlen eines obligatorischen Bandes zwischen Vermieter und Dritten folgt auch, daß die vorausgehende Abmahnung an den Mieter und nicht an den Dritten zu erfolgen hat.[25]) Ist andererseits der Vermieter Eigentümer oder sonst dinglich an der Sache berechtigt, so steht der Untermieter ihm wie jeder andere Dritte gegenüber und ist unter Umständen der negatorischen Klage des Vermieters ausgesetzt.[26]) Der dem Mieter gewährte Gebrauch umspannt auch

Untermietzins ohne besondere ausdrückliche Verabredung oder gerichtliche Überweisung keinen Anspruch habe (vgl. Präj. 420 in Samml. I, 125).

[22]) Wie bereits im preuß. R. anerkannt war; OTr. 28 S. 103: „zwischen Verpächter . . . und Pächter . . . Vertragsverhältnis . . . überall nicht, weder unmittelbar noch mittelbar berührt"; Koch N. 9. Das Landrecht spricht noch im § 316 die selbstverständliche Folgerung aus, daß der Mieter nach wie vor für den ganzen Zins hafte; für die Untermiete der ganzen Sache (im Gegensatz zur „Aufnahme" im § 310) wiederholt § 320: „Es folgt daraus (aus der Erlaubnis) noch nicht, daß der Vermieter „den Hauptmieter seiner Verbindlichkeiten entlassen habe".

[23]) Goldmann-Lilienthal unter Anm. 14: Es bleibt der Mieter dafür verantwortlich, daß von der Sache der vertragsmäßige Gebrauch gemacht wird.

[24]) Oertmann N. 2; a. E. Goldmann-Lilienthal § 156 zu N. 16 u. 17; a. M. Planck N. 6a: nur das Kündigungsrecht, — ohne Begründung.

[25]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.; Dernburg II, 2 § 221 I, 3; Mittelstein S. 140 Anm. 12; jetzt auch Oertmann N. 2 zu 553; zweifelnd Niendorff § 29, 2c, der empfiehlt, sowohl dem Mieter als dem Dritten zu kündigen, und der die Räumungsklage jedenfalls gegen den Dritten allein zulassen will.

[26]) Goldmann-Lilienthal Anm. 16.

zeitlich den Gebrauch des Untermieters, da sich die Erlaubnis regelmäßig nur auf die Zulassung der Person des Dritten, dagegen ebensowenig auf den Zeitraum der Untermiete wie die sonstigen Abmachungen zwischen diesen und dem Mieter erstreckt (s. oben). Infolgedessen wird auch eine zwischen den Hauptparteien nachträglich getroffene Vereinbarung über vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses durch einen früher geschlossenen Überlassungsvertrag von weiter reichender Dauer in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.[27]) Anders selbstverständlich, wenn die nachträgliche Vereinbarung nur zum Schein zwecks Entsetzung des Dritten getroffen wird, und daher nach § 117 nichtig ist.[28]) Andererseits werden die Mieterpflichten des Gebrauchsüberlassers nicht verringert, und der Dritte ist während des Bestehens des Hauptmietverhältnisses dem Vermieter nach keiner Richtung hin kontraktlich verpflichtet. Da nun nicht der Mieter, sondern der Dritte die Sache in Obhut hat, so ist dieser als eine Person, deren sich der Mieter zur Erfüllung seiner Bewahrungspflicht bedient,[29]) im Sinne des § 278 anzusehen. § 549 Abs. 2 bestimmt „zur Vermeidung einer unrichtigen Folgerung aus der Tatsache der Erlaubniserteilung“ [30]) dementsprechend, daß der Mieter ein ihm bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden des Dritten wie ein eigenes zu vertreten hat.[31]) Ist der Vermieter

---

[27]) Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Untermieter gegen den Mieter einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (§§ 538, 541); Brückner S. 102; Oertmann § 556 N. 6.

[28]) Niendorff § 34, 2.

[29]) Der Mieter zieht bei Abschluß des Untervertrages die Verpflichtung des Dritten zur Sorgfalt im Gebrauch in Rechnung, sein Vertragswille erstreckt sich auf diese. Insofern kann man sagen, daß sich der Mieter des Untermieters zur Erfüllung seiner eigenen Obhutspflicht bedient. Auch bei Gebrauchsüberlassung an einen Dritten ohne Begründung eines Rechtes für diesen gilt das gleiche, da der Mieter von der Voraussetzung ausgeht, daß der Dritte sich zu sorgfältiger Behandlung verpflichtet fühlen wird; ähnlich Planck N. 2b zu § 278; Crome II § 157 N. 17 u. 22; a. M. Dernburg II, 1 § 68 III c, daß sich § 278 auf den Fall der Ausübung der Befugnisse der Schuldner nicht beziehe und § 549, 2 daher keine Anwendung von § 278 darstelle.

[30]) Planck Anm. 5 zu § 549.

[31]) Wie bereits im ALR. § 316 a. E. „ . . . wenn der Vermieter in die

aber Eigentümer oder sonst dinglich an der Sache berechtigt, so kann in dem Verhalten des Dritten eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 liegen und daraus dem Vermieter ein Schadensersatzanspruch erwachsen.[32]) Hat der Mieter, wozu allein er berechtigt ist, dem Dritten nur den ihm selbst durch den Hauptmietvertrag eingeräumten Gebrauch überlassen, so stellt sich eine Überschreitung desselben durch den Dritten zugleich als eine Verletzung seiner Pflichten gegen den Mieter dar. Der Mieter kann daher für die von ihm aus der Verletzung der Untervertragspflicht in seinem Verhältnis zum Vermieter erlittenen Vermögensnachteile von dem Dritten Entschädigung verlangen.[33]) Hat der Vermieter die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung verweigert, so liegt in einer trotz dessen erfolgten Gebrauchsüberlassung, ohne Rücksicht darauf, ob die Verweigerung in einem wichtigen Grunde in der Person des Dritten ihre berechtigte Ursache hatte oder nicht, ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache. Dem Vermieter steht daher gegen den Mieter die Klage des § 550 auf Entfernung des Dritten als Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauches oder nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 553 bei Nichtbefolgung einer an den Mieter gerichteten Abmahnung ein fristloses Kündigungsrecht zu. Der Klageantrag ist im ersten Falle dahin zu richten, daß der Mieter dem Dritten den Gebrauch nicht länger belasse. Die Verwirk-

---

Annahme eines . . . Untermieters gewilligt hat, so haftet dennoch der Hauptmieter . . . nach wie vor . . . auch für alle von dem Untermieter angerichteten Beschädigungen".

[32]) Das ALR. spricht in § 317 dem Vermieter (als dinglich Berechtigten) noch einen direkten Anspruch gegen den Dritten wegen schuldhafter Beschädigungen ausdrücklich zu. Vgl. OTr. 28 S. 104: „Die . . . Befugnis . . . ist schon aus allgemeinem Rechtsgrundsatz abzuleiten"; Rehbein a. a. O. S. 840 N.: „Mieter . . . so angesehen, als übe er sein Recht durch den Untermieter aus"; Mittelstein § 69 Nt. 5: „. . . Daß der Vermieter als solcher bei vertragswidrigem Gebrauch des Untermieters gegen diesen wegen Besitzesstörung vorgehen könne (Arnold S. 102), ist eine irrige Annahme, da verbotene Eigenmacht nur dem unmittelbaren Besitzer gegenüber möglich ist, von einer solchen hier (gegenüber dem Mieter) aber gar nicht die Rede sein kann.

[33]) Oertmann a. a. O. und Anm. 6 zu § 549.

lichung des Urteils im Zwangswege dürfte aber ausgeschlossen sein, da der Mieter sich dem Dritten gerade zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet hat und daher nicht berechtigt ist, den Dritten zu entfernen.[34])[35]) Der Vermieter würde daher nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Urteilsleistung (§ 283)[36]) verlangen können. Der Weg des § 553 dürfte daher vorzuziehen sein. Einen obligatorischen Räumungsanspruch gegen den Dritten hat der Vermieter bei Bestehen des Mietverhältnisses dagegen nicht. Ist der Vermieter aber an der Sache dinglich berechtigt, so steht ihm unmittelbar gegen den Dritten als unmittelbaren Besitzer die Klage auf Herausgabe an den Mieter als den ihm (dem Vermieter) gegenüber besitzberechtigten, aber zur Weiterüberlassung nicht befugten, mittelbaren Besitzer zu (§ 986 Abs. 1 S. 2.).[37]) Da die unbefugte Gebrauchsüberlassung eine schuldhafte Verletzung der Mieterpflicht darstellt, so ist aller Schaden, der in diesem Fall an der Sache in der Hand des Dritten entsteht, von dem Mieter zu ersetzen, gleichviel, ob er von dem Dritten verschuldet wurde oder nicht, doch kann jener

[34]) Mittelstein S. 255 § 68 Nr. 3; irrig Borcherdt S. 63, daß durch den Protest des Vermieters gegen die Aufnahme des Dritten eine sofortige Unmöglichkeit der Weitererfüllnng des zugrunde liegenden Untervertrages eintrete, welche das Vertragsverhältnis vorzeitig beendet und den Mieter zu dem Verlangen sofortiger Räumung berechtigt.

[35]) RG. 15 S. 344 (zwar nicht von der obligatorischen Unterlassungsklage des Vermieters, sondern von der negatoria handelnd): „Wenn es sich darum handelt, einen bestehenden Zustand zu beseitigen, stellt sich die Verbindlichkeit des Störes nicht als eine Verbindlichkeit zur Unterlassung einer Handlung, sondern als eine Verpflichtung zu positivem Handeln dar“ (hier zur Entfernung des Untermieters). § 890 (§ 775 a. F.) ZPO. ist daher nicht anwendbar, ebensowenig aber § 888, weil die Räumung der Wohnung durch den Dritten, dem sich der Mieter verpflichtet hat, nicht mehr von letzterem ausschließlich abhängt.

[36]) So schon für das preuß. R. RG. 22 S. 256: „Klage auf das Erfüllungsinteresse dem Gläubiger nicht versagt, . . . wenn die Handlung, zu deren Leistung der Beklagte verurteilt ist, überhaupt nicht erzwingbar ist, weil dieselbe weder von einem Dritten vorgenommen werden kann, noch ausschließlich von dem Willen des Verpflichteten abhängt“. — Die Leistung ist nicht infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (vgl. Abs. 1 Satz 2 a. a. O.).

[37]) Goldmann-Lilienthal § 156 N. 19.

sich, wenn der Schaden durch einen Zufall entstand, durch den Nachweis befreien, daß der Schaden mit der Überlassung nicht in ursächlichem Zusammenhange stehe, daß er also auch ohne diese eingetreten wäre.[38])

III. Die Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Drittgebraucher dinglicher und obligatorischer Art.

1. Die dinglichen Ansprüche.

§ 22.

Der Zeitpunkt, in dem der Dritte, der nicht Zessionar des Gebrauchsrechts ist, zur Rückgabe der Mietsache an den Mieter verpflichtet ist, wird, wie bei jedem Vertragsverhältnis, regelmäßig durch den Ablauf des in seinem (d. i. mit dem Mieter geschlossenen) Vertrage festgesetzten Zeitraumes oder durch Kündigung, die sich auf Vertrag oder Gesetz stützen kann, bestimmt. Daneben kommt es vor, daß der Untermieter, ohne daß das Unterverhältnis durch Vertragsablauf oder Kündigung beendet würde, zur Herausgabe der Mietsache verpflichtet ist. War der Mieter nämlich zur Überlassung der Sache dem Vermieter gegenüber nicht befugt — weil er ihn um Erlaubnis überhaupt nicht angegangen, oder dieser sie verweigert hatte —, so kann, wie oben bereits erwähnt, der Vermieter, falls er Eigentümer oder Nießbraucher ist, als solcher von dem Dritten Herausgabe an den Mieter, bei dessen Unvermögen oder Weigerung an sich selbst verlangen (§ 986, 1 Satz 1 BGB.).[1]) Weiter aber hat der

[38]) Borcherdt S. 97; Brückner S. 100; Fuld S. 110; Goldmann-Lilienthal § 156 Nt. 8; Mittelstein S. 257 Anm. 7; Niendorff § 34 Nt. 2 S. 223; Oertmann § 549, 4a; Planck N. 5 zu § 549, N. 2b zu § 278; Staudinger N. VII, 1° zu § 549.

[1]) Das ALR. hatte eine Spezialbestimmung ebenfalls dinglichen Charakters (Förster-Eccius N. 100 a. a. O.) in § 315: „Hat der Mieter . . . einen . . . Untermieter eigenmächtiger und unbefugterweise angenommen, so ist der Vermieter . . . auf dessen Entsetzung zu allen Zeiten anzutragen berechtigt". Besitzklagen stehen dem Vermieter nicht zu, da unerlaubte Eigenmacht ihrem Wesen nach nur gegen den unmittel-

Dritte die Sache ohne Rücksicht auf die von dem Mieter ihm zugesagte Gebrauchsdauer dem Eigentümer stets herauszugeben, wenn das Hauptmietverhältnis beendigt ist, da der Mieter dann nicht mehr als mittelbarer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist (BGB. a. a. O.).[2]) Dagegen würde dem lediglich obligatorisch berechtigten Vermieter — auch nach der Beendigung des Hauptmietverhältnisses — ein Herausgabeanspruch gegen den Dritten auf Grund der allgemeinen Vorschriften über die Miete oder sonstiger allgemeiner Rechtsregeln nicht zustehen. Auch der prozessuale Weg des § 886 ZPO., wonach der Vermieter sich den Vertragsanspruch des Mieters gegen den Untermieter zur Einziehung überweisen lassen könnte, würde, da die Fälligkeit des Mieteranspruchs selbständig durch das Untermietverhältnis bestimmt wird und möglicherweise noch nicht eingetreten ist, häufig nicht zu dem erstrebten baldigen Erfolge führen,[3]) wie denn überhaupt der Dritte alle ihm gegen den Mieter zustehenden Einwendungen dem Vermieter gegenüber geltend machen könnte (§§ 804 ZPO., 1275, 404 BGB.). Infolgedessen wurde in das Bürgerliche Gesetzbuch folgende Bestimmung aufgenommen (vgl. oben S. 43 f.): § 556 Abs. 3:

> „Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern".

---

baren Besitzer (hier Mieter) verübt werden kann, was hier ausgeschlossen ist. Ebenso Niendorff S. 225.

[2]) Aus der ausdrücklichen Bestimmmung des ALR. § 321: „Übrigens dauert in allen Fällen das Recht des Untermieters nicht länger als das des Mieters", ist die im Text enthaltene Folge zu entnehmen. Koch N. 16; Rehbein a. a. O. S. 841 Note d. a. E. will dagegen irrigerweise bei genehmigter Aftermiete in keinem Falle dem Vermieter die Exmission gegen den Dritten gestatten, wenn das Recht des Mieters nicht durch gesetzliche Gründe beseitigt worden ist, weil weder der Mieter durch Verzicht, noch Mieter und Vermieter durch Vertrag miteinander das Recht des Dritten beseitigen könnten. Dieses Recht wird auch nicht beseitigt, sondern verwandelt sich wegen Unvermögens in einen Schadensersatzanspruch (s. oben).

[3]) Dies wurde auch bereits in der 2. Kommission (Prot. zu § 520 sub a) zur Begründung des Anspruchs aus § 556, 3 angeführt.

2. Der obligatorische Anspruch aus § 556 Abs. 3.

a) Die Voraussetzungen des Anspruchs.

§ 23.

Das Gesetz gibt dem Vermieter in § 556, 3 ein unmittelbar gegen den Dritten gerichtetes Recht, obwohl zwischen beiden ein Vertragsverhältnis nicht besteht. Ein solches ist auch durch die Erteilung der Erlaubnis zur Weitergabe nicht begründet worden.[1])

Der Anspruch setzt erstens voraus, daß dem Dritten der Gebrauch vom Mieter überlassen sei. Er dürfte sich aber auch gegen den Vierten richten, dem der Dritte die Sache zum Gebrauch weitergegeben hat usf. gegen jeden Gebrauchsempfänger. Doch darf die Reihe nicht durch eine Weitergabe zu anderem Zwecke, z. B. Verwahrung, Eigentumsübertragung, oder durch einen unfreiwilligen Verlust unterbrochen sein.[2]) Hat der dritte oder ein fernerer Gebraucher also den Besitz nicht von dem Mieter oder einem in ununterbrochener Reihe auf diesen zurückführenden

[1]) Da sie, wie oben ausgeführt, nur dazu dient, der Gebrauchsüberlassung für den Einzelfall den Charakter eines vertragswidrigen Gebrauches zu nehmen, und somit nur einen auf das Verhältnis des Vermieters und Mieters zueinander beschränkten internen Rechtsvorgang darstellt. — Insbesondere erstreckt sich die Erlaubnis, wie ebenfalls bereits ausgeführt, auch nicht auf die Dauer des Untermietverhältnisses. Geht das Mietverhältnis früher als dieses zu Ende, so kann aus der Erlaubniserteilung eine Verpflichtung des Vermieters zur Duldung des Dritten über die Mietszeit hinaus nicht hergeleitet werden. Borcherdt S. 97: Noch weniger kann von einer Verpflichtung des Vermieters zu einer solchen Duldung die Rede sein, wenn der § 549 durch den Mietvertrag außer Kraft gesetzt wurde und der Vermieter von der tatsächlichen erfolgten Gebrauchsüberlassung überhaupt keine Kenntnis erhält. Vgl. OTr. 28 S. 103: „Unterpächter . . . dem Verpächter gegenüber . . . dritte Person, mit welcher der Verpächter in ein besonderes Rechtsverhältnis nicht tritt".

[2]) Nissen in JurW. 1903 S. 201ff., „Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche an den Dritten aus §§ 556 u. 604", insbesondere S. 203; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 66f.; Planck § 556 N. 3bγ. — Gebrauchsüberlassung an den eigenen Besitzdiener (wovon Nissen a. a. O. spricht), ist begrifflich unmöglich; es liegt Selbstgebrauch vor (s. oben).

Gebraucher erhalten, so ist der Anspruch ihm gegenüber nicht begründet.

Die zweite Voraussetzung für diesen obligatorischen Anspruch aus § 556, 3 ist die Beendigung des Mietverhältnisses zwischen Hauptvermieter und Mieter. Die Art der Beendigung, z. B., ob durch Kündigung des Vermieters wegen unbefugter Gebrauchsüberlassung oder vertragswidrigen Gebrauches des Dritten oder durch ein Abkommen zwischen Mieter und Vermieter (s. oben),[3]) ist gleichgültig. Daß das Gebrauchsüberlassungsverhältnis beendigt ist — was gerade in den eben erwähnten Fällen möglicherweise nicht vorliegt —, hat der Vermieteranspruch nicht zur Voraussetzung. Es ist nun strittig, ob die Beendigung des Hauptmietverhältnisses für den Anspruch des Vermieters gegen den Dritten ein Tatbestandsmerkmal oder, wie für den Vermieteranspruch gleichen Inhalts gegen den Mieter, nur eine Fälligkeitsvoraussetzung bildet. In der Gesetzesbestimmung für den gegen den Mieter gerichteten Anspruch (Abs. 1) ist die adverbiale Zeitbestimmung „nach Beendigung des Mietverhältnisses" der Schuldbezeichnung „zurückzugeben", in der Bestimmung über den Anspruch gegen den Dritten (Abs. 3) dagegen der Forderungsbezeichnung „zurückzufordern" zugesetzt. Hieraus ergibt sich, daß die Beendigung des Mietverhältnisses Tatbestandsmerkmal für den Anspruch gegen den Dritten ist.[4]) Würde man das Gegenteil annehmen, so könnte als Entstehungszeit des Anspruches nur der Abschluß des Gebrauchsüberlassungsgeschäftes in Betracht kommen. Die Folge hiervon[5])

---

[3]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. N. 22; Mittelstein § 69, 3.

[4]) Planck § 556 N. 3b δ. — Daß die ausdrückliche Aufforderung des Vermieters an den Dritten zur Herausgabe kein Tatbestandsmerkmal ist, dürfte sofort die Überlegung ergeben, daß die Aufforderung eine Geltendmachung, Ausübung eines Rechtes, darstellt, also das Bestehen des Rechtes voraussetzt, und daher nicht Tatbestandsmerkmal für dasselbe sein kann; a. M. Nissen S. 202, der in der Aufforderung ein Tatbestandsmerkmal erblickt; dagegen Oertmann § 556 N. 3a α; Planck a. a. O. dem Sinne nach.

[5]) Die auch Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 2; Die abgearbeitete Schuld 1. Abschn.; Die abgeleitete Mietschuld 1902 S. 30f. zieht.

wäre, daß der Dritte von Anfang an dafür Sorge tragen müßte, daß er dereinst, und zwar gerade bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses, seiner Rückgabepflicht gegenüber dem, möglicherweise weit entfernt wohnenden, Vermieter entsprechen könne; und zwar müßte er die Sache in dem Zustande zurückgeben, in dem er sie vom Mieter empfangen, abzüglich der ordnungsmäßigen Abnutzung; er würde also für Veränderungen, Verschlechterungen der Sache und Unmöglichkeit ihrer Herausgabe, soweit er sie nach der Gebrauchsüberlassung verschuldet hat, dem Vermieter einstehen,[6]) während nach § 549, 2 der Mieter alles Verschulden des Dritten zu vertreten hat, weil dieser für eine Person gilt, deren der Mieter sich zur Erfüllung seiner eigenen Obhutsverpflichtung bedient (s. oben).[7]) In weiterer Folge aber würde der Vermieter, wenn der Dritte während der Dauer der Hauptmiete diese Sorgfalt in erheblichem Maße außer acht läßt, von seinem bereits entstandenen Rückgabeanspruch sofort Gebrauch machen können und nicht erst die Beendigung des Mietverhältnisses durch die empfangsbedürftige Kündigung abzuwarten brauchen (§ 553).[8]) Gegen jene Annahme spricht weiter, daß der Vermieter an dem Abschluß des Untermietvertrages nicht beteiligt ist, und daher dieser Akt allein den Tatbestand des Ausnahmeanspruchs nicht zu bilden geeignet ist; daß der Dritte ferner häufig, z. B. bei Miete von beweglichen Sachen, auch nicht weiß, daß der Gebrauchsüberlasser nur Mieter ist, und jedenfalls nicht die Pflicht hat, sich hiernach zu er-

---

[6]) So in der Tat Romeick, Hruza, Korrealobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich, im Sächs. Arch. Bd. 5 (1895) S. 193–214, 273–322, 401–421.

[7]) Nissen a. a. O.

[8]) Niendorff S. 225 folgert umgekehrt: Da die Beendigung des Mietverhältnisses rechtlich nicht geeignet ist, eine sonst nicht bestehende Vertragsklage zu schaffen, und diese daher schon mit der Gebrauchsüberlassung entstanden sein muß, so steht dem Vermieter der Anspruch gegen den Dritten bei unbefugter Gebrauchsüberlassung ohne Kündigung gegenüber dem Mieter zu. (So ist wenigstens der Sinn seiner Ausführungen.) Eine Ausnahmebestimmung, wie sie der § 556, 3 enthält, kann aber nicht extensiv ausgelegt werden. Staudinger N. III, 2 meint: in diesem Falle könne der Vermieter dem Dritten direkt auf Räumung belangen.

kundigen. Wollte das Gesetz, daß mit dem Abschluß des Gebrauchsüberlassungsgeschäfts ein Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vermieter entstehe, so hätte es dies ausdrücklich aussprechen müssen.[9])

b) Die Nebenverpflichtungen des Dritten.

§ 24.

Läßt sich der Dritte nach Beendigung des Mietverhältnisses eine Verletzung seiner nunmehr gegenüber dem Vermieter bestehenden Rückgabepflicht, insbesondere der mit ihr zusammenhängenden Obhutspflicht, zuschulden kommen, so hat er sie, und ebenso verschuldetes Unvermögen zur Herausgabe, zu vertreten (§ 280).[1]) Für die Frage nach dem Maß der von dem Dritten zu übenden Sorgfalt ist zu berücksichtigen, daß zu den Voraussetzungen des Anspruchs aus § 556, 3 sowohl der Hauptmietvertrag als die Gebrauchsüberlassung an den Dritten gehört, und daß diese Hereinziehung des Dritten in das Hauptmietverhältnis eine Ausnahmebestimmung darstellt, die als solche nicht ausdehnend zu deuten ist. Hiernach kann der Vermieter von dem Dritten keine größere Sorgfalt beanspruchen als die, zu der dieser sich durch den Untervertrag verpflichtet hatte. Ist aber die dem Mieter obliegende Sorgfalt eine geringere als diese, so hat auch der Dritte dem Vermieter

[9]) So Nissen S. 202; Planck N. 3bδ; Dernburg II,2 § 221,3 a. E.; Staudinger III,2; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904 S. 217ff.; Mittelstein § 69,3. — Nicht aber kann man diesen Schluß damit begründen, wie Planck tut, daß in den Fällen, in denen die Gebrauchsüberlassung nach dem Untervertrage nicht bis zur Beendigung des Mietverhältnisses dauern sollte, ein Anspruch entstehen würde, der keine Aussicht hätte, jemals fällig zu werden; denn die Beendigung des Mietverhältnisses kann auch ohne Rücksicht auf die Vertragsdauer erfolgen (vgl. § 553); a. M. Romeick S. 30f.; Hruza S. 303; Crome II § 241 Nt. 3; Oertmann a. a. O.

[1]) Nicht erst, wenn er in Verzug kommt oder gar der Anspruch rechtshängig gemacht wird. Nissen N. 4 datiert diese Pflicht vom Empfange der Rückgabeaufforderung; Romeick vom Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung.

nur für diese einzustehen.[2]) Ist der Dritte in Verzug geraten oder ist Klage gegen ihn erhoben worden, so haftet er nach den allgemeinen Regeln für jedes Verschulden (§§ 287, 292).[3]) Gibt der Dritte die Mietsache dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht heraus, so kann dieser von ihm als Schadensersatz den Zins der Hauptmiete beanspruchen, da die Bestimmung des § 557, wenn sie auch nur für den Fall der Weigerung des Mieters getroffen ist, doch nur eine Tarifierung des Schadens enthält, die auch in unserem Falle angemessen ist.[4]) Daß der Dritte, der die Sache nach der Aufforderung des Vermieters zwar nicht diesem, aber dem Mieter zurückgibt, sich durch eigenes Verschulden das Unvermögen zur Rückgabe zugezogen habe und daher ersatzpflichtig sei,[5]) kann nicht anerkannt werden. Die Rückgabeansprüche des Vermieters und Mieters haben vom Standpunkte des Dritten aus gleichen Rang. Der Prüfung der Legitimation ist der Dritte wohl gegenüber dem ihm als Vertragsgegner bekannten Mieter, nicht aber gegenüber dem ihm ferner stehenden Vermieter enthoben.[6]) Hatte dagegen derjenige, der die Sache unmittelbar vor dem ihm bekannten Mietende gebrauchte, sie nach diesem, unter Einbehaltung des mittelbaren Besitzes, einem anderen nicht zum Gebrauche, sondern z. B. in Verwahrung gegeben, so liegt verschuldete Unmöglichkeit der Leistung vor. Der zunächst zu erstrebende Naturalersatz würde in der Abtretung des dem Gebraucher zustehenden Rückgabeanspruchs an den Vermieter bestehen, neben sich aber einem Anspruch auf Ersatz weiter reichenden Schadens Raum lassen.[7])

---

[2]) Nissen macht diese Unterscheidung nicht, sondern will die Sorgfalt lediglich nach dem Hauptmietvertrage bemessen.

[3]) Planck N. 3cδ a. E.

[4]) So Nissen; a. M. Romeick.

[5]) Wie Schollmeyer a. a. O. annimmt.

[6]) Die Erfüllung an einen von beiden zieht auch das Erlöschen der Verbindlichkeit gegenüber dem anderen nach sich (s. unten).

[7]) A. M. Nissen, weil, nur soweit als im kritischen Zeitpunkt (d. i. nach Nissens Meinung das Eintreffen der Rückgabeaufforderung bei dem Gebraucher) die faktische Disposition über die Sache reicht, dieser

c) Die Einwendungen des Dritten gegen den Vermieteranspruch.

§ 25.

Zur Abwehr des Vermieteranspruchs kann der Dritte in erster Linie geltend machen, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der zwischen ihnen stehenden Person kein Mietsvertrag sei.[1]) Sodann kann er sich darauf stützen, daß er die Sache nicht zum Gebrauch, sondern zu anderem Zwecke, z. B. Verwahrung, oder daß er sie von einer anderen Person empfangen habe, von der nicht eine ununterbrochene Reihe von Gebrauchsempfängern bis zu dem Vermieter führe. Dagegen kann er sich ebensowenig wie der Mieter selbst darauf berufen, daß er die Sache einem anderen zum Gebrauch oder gar zu anderen Zwecken weitergegeben,[2]) wohl aber darauf, daß er sie einem Vordermann im Gebrauch zurückerstattet habe; denn während die Weitergabe eine Ausübung seines Gebrauchs darstellt, ist mit der Rückgabe regelmäßig die Aufhebung der an ihn erfolgten Gebrauchsüberlassung verbunden.[3])

---

zugunsten des Vermieters zu disponieren habe. — Es dürfte hier eine Abirrung in das Sachenrecht vorliegen.

[1]) vgl. Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten in der Hallenser Festgabe für Dernburg 1900 S. 135; Rappaport S. 217 ff.

[2]) Ebenso Romeick S. 20 oben; a. M. Nissen S. 202: Voraussetzung des Anspruchs, daß der Dritte zur Zeit des Rückgabeverlangens die Sache besitze, weil (s. oben) dieses zum Rechtsgrunde gehöre. Planck: Anspruch richtet sich nur gegen den Dritten, der zur Zeit der Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgabe imstande; offenbar, weil erst in diesem Augenblick der Anspruch entstanden. — Der Grund greift nicht durch.

[3]) So auch Rappaport S. 217 f.; Hruza S. 303: Mit der Rückgabe der Sache an den Mieter erlischt die Verpflichtung. Oertmann. — Die Erklärung durch nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Herausgabe (Stammler, Schollmeyer) ist ein überflüssiger Umweg; ja sie erscheint sogar falsch, wenn man der weiter unten dargestellten Annahme folgt, daß Vermieter und Mieter Gesamtgläubiger des Anspruchs gegen den Untermieter sind. Indem der Dritte die Sache dem Mieter zurückgibt, tilgt er zugleich die Forderung des Vermieters (nicht bloß mittelbar) nach §§ 429, 3 und 422. Gibt er sie daher nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, so kann der Anspruch des anderen Gesamtgläubigers (Vermieters) überhaupt nicht entstehen.

Im Bestreiten der Voraussetzung, daß das Mietverhältnis beendigt sei, ist der Dritte selbstverständlich ebensowenig behindert als der Mieter, ist es aber auch nicht in geringerem Grade als dieser. Insbesondere kann er die vom Mieter, gleichviel in welcher Form, anerkannte Beendigung, die in einem Verschulden des Mieters oder einem von diesem mit dem Vermieter beschlossenen Aufhebungsvertrage ihren Grund hat, nicht zum Gegenstande des Angriffs machen.[4]) Doch sei darauf hingewiesen, daß der Dritte der Beendigung des Mietverhältnisses aus § 554 dadurch vorbeugen kann, daß er vor der Kündigung den Hauptmietzins für den Mieter bezahlt, wozu er wie jeder beliebige Dritte berechtigt ist.[5])

Bedeutsam ist die Verschiedenheit der Rechtsstellungen, die der Mieter hinsichtlich der Rückgabe der Sache im Verhältnis zum Vermieter auf der einen und zum Dritten auf der anderen Seite einnimmt. Die Rückgabe der Mietsache wird sowohl von dem Mieter als von dem Dritten dem Vermieter und zugleich dem Mieter und dem Vermieter von dem Dritten geschuldet. Der Mieter ist also einerseits Gesamtschuldner, andererseits Gesamtgläubiger eines (natürlich nicht desselben) Anspruchs auf Rückgabe derselben Sache.[6]) Rückgabe an den Mieter[7]) wirkt

---

[4]) Übereinstimmende Ansicht. Denn das Einverständnis zwischen Vermieter und Mieter genügt für die Beendigung des Mietverhältnisses, und der Dritte kann ein Recht auf längeren Gebrauch nur aus dem Untervertrag herleiten, also nur gegen den Mieter geltend machen.

[5]) Oertmann N. 3b. — Daß der Dritte auch ohne Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgabe verpflichtet sei, wenn der Mieter ihm die Sache unerlaubt überlassen habe, behauptet Niendorff S. 225 mit der gegenüber dem Gesetzeswortlaut nicht ausreichenden Begründung, daß die Überweisung des Herausgabeanspruchs des Mieters an den Vermieter auf Grund des erfolgreich eingeklagten Unterlassungsanspruchs ebensowenig wie bei Beendigung des Mietverhältnisses die sofortige Wiedererlangung der Sache ermögliche. Ebenso Fuld S. 109, weil der Dritte in diesem Falle jedem Besitzstörer gleichstünde. Hierüber s. unten. — Wohl zu unterscheiden von dem obigen Fall ist die Zahlung des Untermietzinses durch den Dritten an den Vermieter (s. oben). Die Rückwirkung auf das Verhältnis zwischen Mieter und Dritten ist aber in beiden Fällen die gleiche.

[6]) Dies schließt sich keineswegs gegenseitig aus. Der Dritte ist nicht verpflichtet, bei der Rückgabe der Sache den Vermieter vor dem Mieter zu

daher auch gegenüber dem Vermieter als Erfüllung und umgekehrt Rückgabe an den Vermieter gegenüber dem Mieter (§§ 429, 3; 422). Treten Tatsachen, die, wie die vorgenannte, die gegen den Dritten gerichtete Gesamtforderung im Falle ihres Bestehens zum Erlöschen bringen, vor deren Entstehung, also vor der Beendigung des Hauptmietverhältnisses, ein, so wird die Gesamtforderung, wie angenommen werden darf, nicht zur Entstehung gelangen, dem Vermieter also ein unmittelbarer Anspruch gegen den Dritten nicht erwachsen. Andererseits wird man für die Gesamtschuld des Mieters und Dritten folgern dürfen, daß, entgegen der Regel des § 425, nach der Tatsachen, die nur in der Person eines Gesamtschuldners eintreten, nur für diesen wirken, sich hier für die Mehrzahl dieser Tatsachen „aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt", nämlich Wirksamkeit der in der Person des Mieters eingetretenen Tatsachen für den Dritten. Der Grund hierfür liegt darin, daß von den beiden Schuldverhältnissen der Gesamtschuld die Schuld des Mieters — in Verbindung mit anderen Umständen — eine Voraussetzung für das Bestehen der Schuld des Dritten bildet.[8]) Dies gilt insbesondere von der Verjährung, aber auch z. B. von der zugunsten des Mieters ergangenen rechtskräftigen Entscheidung über den Vermieteranspruch. Ein in einem Räumungsprozeß gegen den Mieter zu dessen Gunsten ergangenes Urteil wirkt daher auch für den Untermieter.[9]) Dagegen „ergibt sich" nicht entsprechend für die

---

bevorzugen, sondern frei in der Wahl, an welchen von beiden er sie zurückgeben will. Ob das Gebrauchsüberlassungsverhältnis bereits beendigt, der Rückgabeanspruch des Mieters also fällig ist, kommt regelmäßig nicht in Betracht, da jeder Schuldner im Zweifel auch vor Fälligkeit seine Leistung bewirken darf (§ 271). Natürlich kann der Mieter, und dementsprechend (§ 429 Abs. 1) auch der Vermieter, vor Fälligkeit nicht in Verzug gesetzt werden.

[7]) Auch nach Klageerhebung seitens des Vermieters (§ 429 Satz 2). Zu dem gleichen Ergebnis kommt Nissen No. 7 a. E., jedoch auf Grund seiner irrigen Herleitung des Anspruchs aus Rechtsverletzung (s. unten).

[8]) Stammler und Rappaport a. a. O.

[9]) Wie hier, jedoch unter Annahme eines dinglichen Charakters der Klage und daher auch für den Fall eines den Mieter verurteilenden Er-

gegen den Mieter wirkenden Tatsachen „ein anderes“, weil die Verpflichtung des Dritten einer gesetzlichen Sonderbestimmung entspringt und daher, insbesondere nach der Seite der Belastung des Dritten, nicht ausdehnend gedeutet werden darf. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man durch folgende allgemeine Erwägung: Da die Verpflichtung des Mieters, wie hervorgehoben, eine Voraussetzung für die des Dritten darstellt, nicht aber zugleich das Umgekehrte gilt, so ist die letztere von ersterer in ihrem Bestehen abhängig. Man bezeichnet dieses Verhältnis als das von Haupt- und Nebenverpflichtung. Aus dieser Begriffsbildung ergibt sich der Schluß, daß dem Dritten als Nebenverpflichteten die Einwendungen und Einreden des Hauptverpflichteten, des Mieters, gegen den Herausgabeanspruch des Vermieters zustehen.[10]) Dafür, daß der Dritte sie nur als Vertreter des Mieters vorbringt, fehlt jeder Anhalt im Gesetz. In dem Verhältnis von Haupt- und Nebenverpflichtung liegt aber weiter begründet, daß nicht umgekehrt die dem Dritten erwachsenen Einwendungen auch dem Mieter zu Gebote stehen.[11])

Von den dem Mieter zustehenden Einreden, die nach dem eben Gesagten der Dritte geltend machen kann, ist das Zurückbehaltungsrecht des Mieters einer beweglichen Sache (vgl. § 556, 2), z. B. für den durch die Sache erlittenen Schaden oder für Verwendungen auf die Sache (§§ 273, 547), nicht ausgenommen. Für einen klagbaren Anspruch des Dritten wegen Verwendungen des Mieters würde selbstverständlich jeder Grund fehlen.[12])

---

kenntnisses: Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901 S. 28.

[10]) Stammler S. 130; zustimm. Rappaport a. a. O.; Crome II § 237 N. 46; Oertmann § 556 N. 3b mit dem richtigen Hinweis auf das Wörtchen „auch“, was deutlich erkennen lasse, daß der Vermieter die Sache von dem Dritten nicht unter günstigeren Bedingungen zurückverlangen könne als wenn er gegen den Mieter klagte. Schollmeyer S. 66.

[11]) Stammler a. a. O.

[12]) Ebenso Oertmann § 556 N. 3b; der zweite von ihm aus seiner Konstruktion des Anspruchs als gesetzlicher Schuldübernahme (s. unten) hergeleitete Grund ist mit dieser zu verwerfen. Ferner Crome § 237 N. 46; Mittelstein § 69 N. 3; Schollmeyer S. 66. Dagegen Romeick und Nissen (6Bb), weil es sich um ein ius tertii handle, und sie die Aus-

Nach unserer Darstellung kann aus dem Rechtsgrunde der Gebrauchsüberlassung ein Unterschied in der Geltendmachung von Einwendungen nicht hergeleitet werden. Insbesondere bildet auch bei Übertragung des Mieterrechtes, da mangels besonderer Schuldübernahme sämtliche Mieterpflichten dem ursprünglichen Mieter verbleiben, die Rückgabeverpflichtung des ersten Mieters eine Voraussetzung für die gleichartige Verpflichtung des Zessionars als Drittgebrauchers, und gelten daher die oben gezogenen Folgerungen auch hier.[13]) Kann der Dritte Ersatz für eigene Verwendungen von dem Mieter verlangen, für die dieser einen Ersatzanspruch gegen den Vermieter hat, so ist die Ersatzschuld des Mieters gegenüber dem Dritten einer Verbindlichkeit analog, die der Mieter zur Erreichung der Zwecke der ihm selbst gegenüber dem Vermieter obliegenden Aufwendungen eingegangen ist. Der Mieter kann daher in analoger Anwendung der allgemeinen Regel des § 257 von dem Vermieter Befreiung von seiner (des Mieters) Ersatzverbindlichkeit gegenüber dem Dritten fordern.[14]) Dieses Forderungsrecht ist nach der all-

---

nahme von der Regel des § 425 nicht anerkennen. Letzterer weist weiter darauf hin, daß der Mieter für seine Verwendungen Sicherung nur das durch erlangen könnte, daß der Dritte freiwillig ihm, und nicht dem Vermieter, die Sache zurückgibt. Planck a. a. O.

[13]) Anders Nissen (6A, b), der nur dem Gebrauchszessionar des Gebrauchsrechts die Einrede wegen Verwendungen, und zwar nur für solche, die nach der Gebrauchsüberlassung vom Mieter gemacht wurden, gibt, weil mit der Zession der Mieterrechte auch das auf Ersatz von Verwendungen übergegangen sei. Er hebt noch besonders hervor, daß es ganz gleichgültig wäre, ob der Dritte nach seinem Vertrag mit dem Mieter von diesem Ersatz verlangen könne.

[14]) vgl. oben über das Verschulden des Dritten im Gebrauch, wo der Dritte als Hilfsperson des Mieters zur Erfüllung seiner Obhutpflicht erscheint. Ebensowenig wie der Gedanke, die Haftung für Sorgfalt im Gebrauch auf den Dritten abzuwälzen, steht die Absicht, den Dritten zur Vornahme von Verwendungen zu verpflichten, im Vordergrunde des Untermietvertrages. Wohl aber ist hier in demselben Maße wie dort der Wille der Vertragschließenden zugleich auf die Begründung dieser Verpflichtungen gerichtet. Ein Unterschied liegt nur darin: Während dort die Unterlassung pflichtwidriger Handlungen in Frage steht, handelt es sich hier um positives Tun.

gemeinen Regel ohne Rücksicht darauf fällig, ob die Ersatzverbindlichkeit des Mieters bereits fällig ist oder nicht; nur hat im letzteren Falle der Vermieter ein Wahlrecht zwischen Befreiung des Mieters und Sicherheitsleistung. Gegenüber dem Verlangen des Vermieters auf Herausgabe der Sache steht dem Mieter daher ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 zu, und dieses kann auch der Dritte nach dem oben Gesagten geltend machen.[15][16] Der Dritte hat ferner wegen seiner eigenen Verwendungen einen Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Vermieter.[17] Doch dürfte dies nicht zutreffen, wenn der Dritte zu der Aufwendung dem Mieter gegenüber verpflichtet war; denn hier überwiegt durchaus das rechtliche und Vermögensinteresse des Dritten, so daß von einem Handeln für den Vermieter nicht die Rede sein kann. Insoweit

---

[15]) Im Ergebnis übereinstimmend Crome, Schollmeyer, Oertmann a. a. O.

[16]) Aus dieser Herleitung ergibt sich die Abgrenzung der eigenen Verwendungen, für die der Dritte ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, von selbst. Das Verhältnis zwischen Mieter und Drittem ist daher keineswegs gleichgültig, sondern der Umfang der Mieterverpflichtung gegenüber dem Dritten erstreckt sich durch den Befreiungsanspruch hindurch auf das Zurückbehaltungsrecht des Mieters und des Dritten. Hatte daher der Dritte, weil er von dem Mieter die Sache entliehen hatte, die gewöhnlichen Unterhaltskosten der Sache zu tragen, so besteht wegen dieser, im Gegensatz zur Untermiete (§§ 547, 536), kein Zurückbehaltungsrecht. — Dagegen will Romeick das Zurückbehaltungsrecht in unserem Falle lediglich auf das Hauptmietverhältnis stützen. Auch Nissen (6 B, a), jedoch mit der irrtümlichen Begründung auf Abs. 2 des § 273, wobei er nicht übersieht, daß nach dieser Bestimmung der fällige Anspruch gegen den Kläger gerichtet sein muß; er gibt daher dem Dritten auch einen Anspruch auf Erstattung gegen den Vermieter und zieht den Ersatzanspruch des Mieters gegen den Vermieter nur hypothetisch als Maßstab für den des Dritten heran. Daß das Zurückbehaltungsrecht entfiele, wenn die Gebrauchsüberlassung an den Dritten unerlaubt war, beruht auf der irrtümlichen Auffassung, daß in der Gebrauchsübernahme in diesem Falle eine unerlaubte Handlung zu erblicken ist; s. unten. — Dagegen Mittelstein S. 259 ohne Begründung; Planck N. 3 b ε, der dem Dritten nur einen Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag und auch insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geben will.

[17]) So neuerdings Planck a. a. O.

aber der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag begründet ist, steht dem Dritten auch ein Zurückbehaltungsrecht,[18]) und zwar auf Grund von Abs. 2 des § 273 zu, da der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht demselben rechtlichen Verhältnis angehört wie der Anspruch des Vermieters aus dem Mietvertrage. Trotzdessen dürfte das Zurückbehaltungsrecht, wenn die Mietsache unbeweglicher Art ist, in analoger Anwendung des § 556 Abs. 2 dem Dritten zu versagen sein, da sonst der dem Abs. 2 und 3 des Paragraphen gemeinsame Zweck, dem Rückgewähranspruch des Vermieters Hindernisse aus dem Wege zu räumen, vereitelt würde. Ist der Dritte Eigentümer der Sache oder dinglich derart berechtigt, daß er von dem Vermieter Herausgabe verlangen kann, und ist dieser Anspruch bereits entstanden, so kann er gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vermieters aus § 556, 3 den seinigen aufrechnen.[19]) Bei Abtretung des Mietrechtes hat der Zessionar, da das Recht auf Ersatz der Verwendungen eines der Mieterrechte darstellt, einen eigenen Ersatzanspruch für seine Verwendungen gegen den Vermieter und (bei Mobilien) ein zugehöriges Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1, selbstverständlich in dem Umfange des ihm übertragenen Rechtes, also des Mieterrechtes.[20]) Verlangt

[18]) Planck a. a. O.

[19]) Beide Ansprüche sind ihrem Gegenstande, wenn auch nicht dem Grunde nach, gleichartig. Daß auch dingliche Ansprüche der Aufrechnung unterliegen, ergibt die allgemeine Fassung des § 387: „Leistung". Crome II § 191 N. 2, I, § 35 N. 9. Dagegen nimmt Schollmeyer an, es fehle dem Anspruch aus § 556, 3 in diesem Falle die Voraussetzung, daß der Dritte sein Recht zum Besitze vom Mieter ableite: also Mangel im Klagegrund Warum? — Planck N. 3b ε a. E.: Da der Dritte seinerseits alsbaldige Wiedergabe der Sache fordern könne, stehe ihm mit Rücksicht auf § 226 (Schikaneverbot) eine Einrede aus seinem dinglichen Recht zu. Der von ihm zit. Windscheid-Kipp hat jedoch nur den Fall im Auge, daß der Gebrauchsüberlassung des Mieters an den Dritten Nießbrauchsbestellung zugrunde lag, wobei hinzuzudenken ist, daß der Dritte gutgläubig den Mieter für den Eigentümer hielt (§§ 1059 BGB. u. 1032 S. 2). Oertmann § 556 3a α, 3 will den Herausgabeanspruch des Nichteigentümers auch dem Eigentümer gegenüber durchgreifen lassen.

[20]) Im Ergebnis übereinstimmend: Nissen (6A). Nicht annehmbar ist aber seine Behauptung: Wenn nicht Zession vorläge und der Mieter

der Vermieter dinglich als Eigentümer, Nießbraucher usw. von dem Dritten Herausgabe, so gelten für seinen Verwendungsanspruch besondere Grundsätze (s. §§ 994 ff.).

d) Die rechtssystematische Bestimmung des Anspruchs.

§ 26.

Der Anspruch des Vermieters gegen den dritten Gebrauchsempfänger ist nicht als beabsichtigte Wirkung eines Rechtsgeschäfts begründet, sondern von dem Gesetz aus dem praktischen Bedürfnis heraus unter Angliederung an den durch Vertrag bebegründeten Vermieteranspruch gegen den Mieter frei geschaffen.[1]) Die Erklärung des Wesens, der rechtlichen Voraussetzungen und Folgeerscheinungen der Verpflichtung des Dritten ergibt sich aus dem oben dargestellten Verhältnis zur Ver-

---

aus seinem Vertrage mit dem Dritten (was für einem?) diesem die Verwendung zu ersetzen hätte, würde er von dem Vermieter nach § 257 Befreiung verlangen können. Dieser Anspruch (warum dann nicht gleich der gesetzliche?) geht dann mit der Zession auf den Dritten über und verwandelt sich bei ihm in einen Erstattungsanspruch.

[1]) So Stammler a. a. O.; Rappaport a. a. O.; ähnlich Goldmann-Lilienthal § 156 N. 13: „haftet für die Vertragspflicht des Mieters ... der Dritte ...“; Mittelstein: Anspruch beruht lediglich auf dem Mietverhältnis. Kürzer Crome § 237 N. 47; Schollmeyer S. 66; Borcherdt S. 97; die drei letzteren: gegen den Dritten erstreckter Anspruch aus dem Mietvertrage; Hruza S. 303: Klage aus dem Mietvertrage; Dernburg II § 221: wie eine Klage aus dem Mietvertrage zu behandeln. A. M. Oertmann: weil die Entstehung des Anspruchs hierdurch nicht erklärt werde. — Es liegt nicht eine gewöhnliche Gesamtschuld vor (vgl. oben), insbesondere nicht darum, weil (zufällig) zwei Personen auf dieselbe unteilbare Leistung haften (Hruza und Planck a. a. O.); denn die zurückzugebende Sache kann teilbar sein. Z. B. eine Klavierhandlung vermietet eine Anzahl Klaviere an eine Musikschule (Beispiel von Hruza) und diese vermietet zwei Klaviere an dieselbe Person (Vater mehrerer Kinder) weiter, so wird von beiden eine teilbare Leistung geschuldet. Sind die Teile der Mietsache verschiedenen Dritten überlassen (z. B. die Musikschule vermietet die Klaviere an verschiedene Personen), so liegen ebensoviel Gesamtschuldverhältnisse vor, als Drittgebraucher vorhanden sind, und jedes erstreckt sich nur auf den dem betreffenden Dritten überlassenen Teil (Stammler S. 134; Hruza a. a. O.).

pflichtung des Mieters gegen den Vermieter als dem der Nebenzur Hauptverpflichtung, wobei die Ähnlichkeit mit der Bürgschaft in dem gegenseitigen Verhältnis zweier Verpflichtungen nicht zu verkennen ist. Es sind mannigfache Versuche gemacht worden, den Anspruch gegen den Dritten auf eines der bereits vorhandenen Anspruchsschemata zurückzuführen. Von diesen Versuchen bezeichnet die eine Gruppe den Anspruch als dinglichen Ursprungs (Hellwig, Die Verträge auf Leistungen an Dritte 1899 S. 241 f., als einen Eigentums-, Staudinger als Besitzstörungsanspruch), während die anderen ihm obligatorischen Charakter beilegen (z. B. Oertmann, Schuldübernahme; Nissen, Unerlaubte Handlung).

Hellwig sieht in der gesetzlichen Bestimmung des § 556, 3 ein Wiederaufleben der deutschrechtlichen Mobiliarvindikation, und zwar die Herübernahme des dinglichen Eigentumsanspruchs auf Herausgabe in der Hand des mittelbaren Besitzers (§ 1006, 3), als einen obligatorischen, aber „dinglich radizierten", in das Mietrecht. Er beruft sich hierbei auf die inhaltliche Übereinstimmung zwischen §§ 556, 3 und 986. Der Vermieter könne nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache von dem Dritten deshalb zurückfordern, weil dann der Mieter dem Vermieter gegenüber nicht mehr zum Besitze berechtigt sei, also auch der Drittbesitzer nicht mehr die Einrede aus § 986 Abs. 1 geltend machen könne und daher dem Herausgabeanspruch aus § 985 ungedeckt gegenüberstehe. Nach Hellwig liegt also in der Bestimmung des § 556, 3 der Ton auf den Worten „nach Beendigung des Mietverhältnisses".

Dies zeigt sich insbesondere in dem arg. e contrario, das Hellwig in dem Fehlen einer gleichartigen Bestimmung bei der Verwahrung erblickt. Das Verwahrungsverhältnis kann jederzeit einseitig von dem Hinterleger durch Rückforderung der Sache beendigt werden (§ 695); infolgedessen sieht der Dritte, dem die Sache von dem Verwahrer überlassen worden, sich jederzeit des Verlustes der Einrede aus § 986 gewärtig. Hellwig zieht hieraus den Schluß, daß der Verlust der Einrede nicht erst durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung, wie beim Mietverhältnis, an die Beendigung des Verwahrungsverhältnisses geknüpft zu werden

brauche, und es daher einer Herübernahme des § 986 Abs. 1 nicht bedürfe. Er übersieht hierbei, daß in Konsequenz seiner Auffassung von der Herübernahme des § 986 Abs. 1 auch die rei vindicatio des § 985 herübergenommen werden müßte, und daß daher für § 556 Abs. 3 auch diese Herübernahme zu unterstellen, der Ton also nicht ausschließlich auf den Worten „nach Beendigung des Mietverhältnisses“ liegen würde. Dementsprechend müßte die Herübernahme für das Verwahrungsverhältnis lauten: „Der Hinterleger kann die Sache jederzeit von dem Dritten zurückverlangen“. Mangels einer solchen Bestimmung hat denn auch in Wirklichkeit der Hinterleger einen unmittelbar gegen den Dritten gerichteten Anspruch nicht, während Hellwig offenbar das Gegenteil annimmt und nur die ausdrückliche Feststellung im Gesetz für überflüssig erklärt. Ein argumentum e contrario für seine Konstruktion des Vermieteranspruchs liegt daher nicht vor.

Gegen diese Konstruktion selbst spricht aber zunächst die Stellung der Vorschrift im Schuld- statt im Sachenrecht, insbesondere die Verknüpfung des Anspruchs mit dem unbestritten obligatorischen Vermieteranspruch gegen den Mieter (Abs. 1 von § 556) durch das Wort „auch“, das die Gleichartigkeit der beiden Ansprüche kennzeichnet.[2]) Da ferner die Eigentumsvermutung aus § 1006, 3 nur dem mittelbaren Besitzer einer beweglichen Sache zugute kommt, müßte jeder Vermieter einer unbeweglichen Sache, der aus dem Anspruch aus § 556, 3 Klage erheben wollte, im Grundbuche als Eigentümer eingetragen sein oder sein Eigentum beweisen können.[2]) Bei der Miete unbeweglicher Sachen wäre also kein Unterschied von der Eigentumsklage zu erkennen. Zu einer bloßen Wiederholung des § 985 liegt aber ebensowenig Anlaß vor, wie zu einer Beschränkung derselben auf Miete und Leihe (§ 604, 4) auf der einen, Gebrauchsüberlassung auf der anderen Seite.[3]) Die von Hellwig beobachtete

[2]) So Oertmann, Romeick a. a. O.

[3]) Hat der Mieter die Sache einem Dritten verkauft, so könnte der Vermieter sich allerdings nicht auf § 1006, 3 stützen, sondern nur mit der Eigentumsklage gegen den bösgläubigen Käufer durchdringen. Doch ist dieser Umstand nicht, wie Romeick tut, als Argument hier zu ver-

Übereinstimmung des Eigentümeranspruchs gegen den Drittbesitzer mit unserem Vermieteranspruch ist übrigens insofern beschränkt, als der Eigentümer — gerade im Gegensatz zu § 556, 3 — auch während des Bestehens des den Mittelsmann zum Besitz berechtigenden Verhältnisses in dem häufigen Fall unbefugter Weitergabe an den Dritten von diesem Herausgabe verlangen kann.

Kober-Staudinger N. III, 3 und Fuld S. 109 wollen den Anspruch auf eine Störung des Besitzes (§§ 861, 862, 863) des Vermieters zurückführen, indem der Dritte, der über das Ende des Mietverhältnisses hinaus besitzen wolle, gegen den Vermieter verbotene Eigenmacht verübe. Verbotene Eigenmacht im Sinne des Gesetzes kann aber, wie § 869 unzweifelhaft ergibt, nur gegen den unmittelbaren, nicht gegen den mittelbaren Besitzer, daher auch nicht von jenem gegen diesen verübt werden. Der unmittelbare Besitz des Dritten am Ende des Mietverhältnisses schließt regelmäßig den unmittelbaren Besitz des Mieters und Vermieters aus. Ein Besitz des Vermieters oder Mieters, den der Dritte stören könnte, ist also nicht vorhanden.[4]) Ob das Recht des Dritten oder des Mieters auf Besitz erloschen ist, kommt für den possessorischen Besitzschutz nicht in Betracht.

Nissen[5]) läßt den Anspruch entstehen aus der „objektiven Mitwirkung" des Dritten an der Gebrauchsüberlassung als der Verletzung eines dem Vermieter zustehenden obligatorischen Rechtes durch den Mieter und dem durch diese Handlung herbeigeführten Zustand (dem Beharren des Dritten im unbefugten Gebrauche). Später (Nr. 7) wird die objektive Mitwirkung als die, erst mit der Rückgabeaufforderung wirksam werdende, unbefugte Gebrauchsübernahme erläutert. Habe der Vermieter die Gebrauchsüberlassung genehmigt, so bestehe die Verletzung des Vermieter-

---

wenden; denn auch nach § 556, 3 kann der Vermieter allein gegen denjenigen Dritten vorgehen, dem nur der Gebrauch der Sache von dem Mieter überlassen worden ist.

[4]) Der verklagte Dritte hat daher auch nicht das Recht der nominatio auctoris aus § 76 ZPO. Romeick, Nissen, Schollmeyer a. a. O.

[5]) Vor Nr. 1.

rechtes[6]) in der Fortsetzung des Besitzes nach Beendigung des Hauptvertrages gegen den Willen des Vermieters.[7]) Im letzten Falle kann von einer bloßen Mitwirkung des Dritten bei der Verletzung nicht die Rede sein, weil nur er, nicht aber der Mieter, eine verletzende Handlung begehen würde. Da aber ein Schuldverhältnis nur zwischen Gläubiger und Schuldner rechtliche Wirkungen äußert und daher auch nur von diesen verletzt werden kann, so ist eine Verletzung des obligatorischen Vermieterrechtes durch den dritten Gebrauchsempfänger, sei es durch ihn allein oder als Mitwirkenden, ausgeschlossen.[8])

Oertmann will den Anspruch auf eine gesetzliche kumulative Übernahme der bloßen Herausgabeschuld des Mieters durch den Dritten gründen. Er beruft sich hierbei auf das Beispiel des Übernehmers eines Vermögens (§ 419); aber während das Gesetz hier, als dem Vertragswillen ehrlicher Parteien entsprechend, ein für allemal bestimmen kann, daß der Vermögensübernehmer auch die Schulden (kumulativ) übernimmt — weil die Gläubiger sonst Gefahr liefen —, liegt bei der Gebrauchsüberlassung dem Dritten die Absicht einer Übernahme der Verpflichtungen des Mieters regelmäßig fern. Da außerdem mit der Rückgabepflicht auch die Bewahrungspflicht untrennbar verbunden ist, so würde dem Willen des Dritten die Absicht unterstellt werden müssen, auch für die Beobachtung dieser Pflicht durch den Mieter mitzuhaften. Dies ist ausgeschlossen.[9])

Unbestritten ist der Anspruch nicht durch eine gesetzliche Zession des Mieteranspruchs gegen den Dritten auf Herausgabe zu erklären, da dieser Anspruch unabhängig von der Beendigung des Mietverhältnisses fällig wird, während die Fälligkeit

---

[6]) Ebenso Niendorff S. 224: Der Dritte verletzt dadurch, daß er nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht auszieht, das Vertragsrecht des Vermieters und gibt damit Anlaß zur Klage.

[7]) Vor Nr. 1. Die letzte Konstruktion wird verständlich durch die oben dargestellte Hereinziehung einer ausdrücklichen Rückgabeaufforderung des Vermieters gegen den Dritten in den Tatbestand des Anspruchs.

[8]) Ebenso Oertmann N. 3aα a. E.

[9]) Romeick S. 24f.; Rappaport a. a. O.

des Anspruchs aus § 556, 3 nach Wortlaut und ratio legis gerade an diese Tatsache anknüpft.[10])

Romeick S. 27 ff. sucht den Anspruch als „abgeleitete Schuld" durch Verwandtschaft mit der actio quod metus causa zu erklären. Beiden sei die Bildung eines obligatorischen Anspruchs gegen einen Dritten für den Gläubiger eines bestehenden Anspruchs gemeinsam. Bei beiden werde nicht das alte Schuldverhältnis auf den Dritten übergeleitet, sondern es bilde ein Tatbestandsmerkmal für den neuen Anspruch; die Person des Dritten werde durch eine den Gläubiger an sich rechtlich nicht berührende Tatsache, in unserem Falle das durch die Gebrauchsüberlassung geschaffene (tatsächliche) Verhältnis des Dritten zu der Sache, bezeichnet, ein Tatbestandsmerkmal, das dem Wesen unseres obligatorischen Anspruchs gegenüber durchaus akzidentiell sei.

Die Schwäche der Konstruktion liegt in der Behauptung, daß in unserem Falle die Tatsache, nach deren Hinzutritt zu dem alten Schuldverhältnis der Anspruch entsteht, dem Gläubiger gegenüber völlig neutral sei. Die Befugnis zum Gebrauch, die der Mieter für den Dritten, wenn auch aus eigenem Recht, begründet, stammt doch — durch das letztere vermittelt — aus dem Rechte des Vermieters. Die Gebrauchsüberlassung ist daher mehr als eine dem Vermieter gegenüber rechtlich neutrale Tatsache, mehr als das lucrum sensisse (ohne Rücksicht auf das Mittel) der actio quod metus causa.[11]) Richtig bleibt von der Romeickschen Konstruktion die Hervorhebung der Entstehung unseres Anspruchs aus dem obligatorischen Vermieteranspruch gegen den Mieter. Der Vergleich mit der actio quod metus causa ist hierzu entbehrlich, im übrigen, wie gezeigt, unrichtig.

[10]) So auch Oertmann; Bähr zu §§ 516, 491 wollte einen von ihm zur gesetzlichen Normierung vorgeschlagenen direkten Anspruch des Vermieters gegen den Dritten aus allen seinen Rechten gegen den Mieter, soweit diesem entsprechende Rechte gegen den Dritten zustehen, als „fingierte Zession" konstruieren. Wäre sein Vorschlag Gesetz geworden, so hätte er ebenfalls nur als eine durch das Bedürfnis erzeugte Ausnahmebestimmung aufgefaßt werden können.

[11]) Rappaport a. a. O.; vgl. oben die Konstruktion der Haupt- und Nebenschuld.

Eine Erklärung unseres Anspruchs, als eine actio in rem scripta im Sinne des gemeinen Rechts, hatte Planck (in der 1. und 2. Aufl.)[12]) vertreten, hat sie nunmehr (3. Aufl. Anm. 3 d a. E.) aber selbst widerrufen.[13]) Eine solche actio, die zwar auf obligatorischem Grunde ruht, bei der aber die Person des Beklagten durch ein bestimmtes Verhältnis zu einer Sache bestimmt wird, kann hier nicht vorliegen, da die Person des Beklagten lediglich durch die Tatsache, daß der Mieter ihm den Gebrauch überlassen habe, gekennzeichnet wird.

Die Bezeichnung des Anspruchs als eine actio utilis[14]) deutet darauf hin, daß der Anspruch aus einem vordem allein bestehenden anderen Anspruch unter dem Einfluß des praktischen Bedürfnisses erwachsen ist, und läßt die Wesensverwandtschaft mit dem Herausgabeanspruch gegen den Mieter erkennen.

e) Die Nichtvollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungsurteils gegen den Dritten.

§ 27.

Die Feststellung, daß der Anspruch des Vermieters aus § 556, 3 nicht aus einem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse hervorgeht, ein solches vielmehr nicht besteht, ist von Wichtigkeit für die Beantwortung der Frage, ob das gegen den Mieter auf die Klage aus dem Mietvertrage ergangene Räumungsurteil auch gegen

---

[12]) Und ihm folgend Brückner S. 101, weil die auf dem Mietvertrag beruhende Räumungspflicht an die Innehabung der Mieträume geknüpft werde. Hiergegen s. unten.

[13]) Sie findet sich unter dem Namen „überspringendes Schuldverhältnis“ wieder bei Kohler, Bürgerl. R. S. 13f. Sein Gedankengang ist folgender: Das Schuldverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Dritten werde bereits bei Abschluß des Hauptmietvertrages begründet; durch die Besitzüberlassung werde nur die Person des Dritten bestimmt. Mit dem unmittelbaren Besitz übernimmt dieser von selbst auch die Besitzverhältnisse des mittelbaren Besitzers und damit die Rückerstattungspflicht. Schuld- und sachenrechtliche Begriffe sind hier vermischt.

[14]) Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 7. Aufl. 1906; Stammler a. a. O.

den Dritten vollstreckt werden,[1]) also eine vollstreckbare Ausfertigung gegen ihn erteilt werden könne. Das Gesetz läßt diese Erteilung gegen andere Personen als den Urteilsschuldner nur in bestimmten Fällen zu, von denen hier die §§ 727, 325 ZPO. allein in Betracht kommen. Es sind dies die der Rechtsnachfolge oder Erlangung des unmittelbaren Besitzes (im Verhältnis zu dem Urteilsschuldner oder dessen Rechtsnachfolger als mittelbarem Besitzer) nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Der Gebrauchsüberlassung durch den Mieter liegt regelmäßig überhaupt keine Rechtsnachfolge zugrunde; denn die Überlassung, insbesondere die Untermiete, erfolgt kraft des eigenen, in seinem Bestande hierdurch nicht veränderten, Rechtes des Mieters.[2]) Aber auch der Zessionar des Gebrauchsrechts, selbst

[1]) Eine besondere gesetzliche Bestimmung dieses Inhalts hatte Mecklenburg-Schwerin in den Äußerungen der Bundesregierungen (Bd. 1 S. 70 oben vor c) verlangt, und war in der 2. Kommission beantragt worden, unter Hinweis auf die oben (S. 43) angeführte österr. Verordnung (Prot. II S. 1977 oben; vgl. S. 1975—1978). Auch Warnatsch hat (nach Angabe der amtlichen Zusammenstellung der Gutachten) in einer (vergriffenen) Schrift: „Ist ein von dem Hauptvermieter gegen den Hauptmieter erstrittenes Räumungsurteil vollstreckbar?“ S. 22 die Bejahung der Frage mit dem Bedürfnis des Vermieters nach Schutz gegen Schikane des Dritten begründet. Der Antragsteller in der Kommission a. a. O. behauptete auch, daß in Sachen vor 1900 eine im gleichen Sinne wirkende Praxis bestanden habe. Die Kommission a. a. O. S. 1975—1980 lehnte den Antrag jedoch, wie einen anderen auf Erstreckung der Rechtskraft gegen einen Drittgebraucher gerichteten, ab, weil der Gebraucher im Vermieter-Mieterprozeß nicht zu Worte komme, und sie das Prinzip, daß Urteile aus Prozessen mit Verhandlungsmaxime Rechtskraft gegen solche dritte Personen nicht äußern, über die Fälle des § 265 ZPO. (Veräußerung und Abtretung) hinaus nicht weiter durchbrechen wolle. Sie nahm ferner richtig an, daß der Gebraucher sich zwar Verfügungen des Mieters über sein Mietrecht gefallen lassen müsse, aber die Prozeßführung eine Verfügung nicht darstelle. Schließlich leugnete sie ein praktisches Bedürfnis, weil der Vermieter sich über das Vorhandensein von Untermietern vergewissern und die Klage zugleich gegen diese richten könne. — Eine andere Frage ist, ob der Dritte die in dem Prozeß gegen den Mieter erfolgte rechtskräftige Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses gegen sich gelten lassen müsse. Darüber s. oben.

[2]) Darüber, daß die Erteilung der Erlaubnis eine obligatorische Beziehung zwischen dem Dritten und dem Vermieter nicht erzeuge, s. oben. Erteilung oder Verweigerung kommt daher hier nicht in Frage. Wenn der

wenn er die Herausgabepflicht des Mieters übernommen hätte — was ausdrückliche Schuldübernahme voraussetzt —, ist nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 325 ZPO.[3]) Auf der andern Seite ist die mit dem obligatorischen Vermieteranspruch herausgeforderte Sache keine „in Streit befangene Sache". Aus der Gegenüberstellung dieser mit dem „geltend gemachten Anspruch" in § 265 Abs. 1 ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, daß jener Begriff sich nur auf die Sachen bezieht, bezüglich deren ein dingliches oder gleich einem dinglichen gegen jeden Besitzer wirkendes Recht geltend gemacht wird. Beides liegt hier nicht vor.[4]) Das gegen den Mieter allein ergangene Räumungsurteil ist daher gegen den Dritten nicht vollstreckbar. Der Vermieter wird also zweckmäßig die Klage gegen beide zu richten haben.[5])[6])

Vermieter nach Erhebung der Räumungsklage gegen den Mieter ausdrücklich in die Aufnahme eines Untermieters willigt, so wird hierdurch, vorausgesetzt, daß sich das Mietverhältnis als beendigt erweist, in Wirklichkeit ein besonderer Vertrag zwischen dem Vermieter und dem Dritten geschlossen. Daher muß der Vermieter folgerecht Klage gegen den Dritten erheben. Koch a. a. O. N. 16.

[3]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Zusammenhanges mit dem § 236 Abs. 3 alt. Fass. der ZPO., kann der Schuldübernehmer nicht als Rechtsnachfolger im Sinne des § 325 gelten. So Fischer in Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 174; Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO. 8 und 9 Aufl. 1906 § 325 Anm. 3; Weißmann, Lehrb. d. Zivilprozeßr. Bd. 2 § 136, II, 1c; Romeick S. 27; Crome II § 202 Anm. 4; dagegen Hellwig, Rechtskraft S. 74 mit der Begründung, daß ein Unterschied zwischen Schuldübernahme und Nachfolge in Pflichten und Rechte des Schuldners dem Gesetze fremd sei; S. 320: der Wortsinn sei kein Grund für die Leugnung. Ihm folgend Oertmann, unter Anwendung auf alle Gebrauchsempfänger, entsprechend seiner Theorie; Dernburg II § 185 N. 5, Schuldübernahme: Rechtsnachfolge auf der passiven Seite der Obligation.

[4]) Das gleiche war in der 2. Kommission ausgesprochen worden. — Anders selbstverständlich, wenn der Vermieter dinglich als Eigentümer, Nießbraucher usw. gegen den Mieter geklagt hat.

[5]) Anders natürlich, wenn der Mieter aus dem Mietvertrage vollständig ausgeschieden ist. Koch N. 16 Abs. 3. In diesem Falle ist der Dritte Mieter geworden.

[6]) Gaupp-Stein § 265 N. 3a; OLG. Rostock in Rechtspr. 2 S. 351, wo das gleiche auch für den Fall ausgeführt wird, daß der Vermieter obli-

gatorisch gegen den Mieter auf Herausgabe klagt, dieser aber die Sache auf einen anderen überträgt; (a. E. d. Entsch.) OLG. Königsberg in Seufferts Arch. 58 S. 173 f. schließt sich völlig an Gaupp-Stein; Weißmann I § 88, IV 1. — In Sonderheit für unseren Fall: Schollmeyer S. 67; Goldmann-Lilienthal § 156 N. 22; jetzt auch Planck N. 3b a. E. — Dagegen für Ausdehnung der Vollstreckbarkeit: Hellwig, Verträge a. a. O., weil der Anspruch dinglich radiziert sei; entsprechend Rechtskraft S. 331: Im Streit befangen ist eine Sache, auch wenn ein Anspruch anhängig ist, aus welchem ein Dritter als Nachfolger in das Recht an der Sache haftet, gleichgültig, ob der anhängige Herausgabeanspruch dinglicher oder persönlicher Art ist. Kohler, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 1906 S. 309; — aber auch trotz der Annahme der obligatorischen Natur des Anspruchs. Arnold S. 102; Borcherdt S. 98; Crome II § 237 N. 47; Brückner, Miete von Wohnungen und anderen Räumen 2. Aufl. 1902 S. 101; Fränkel, Miet- und Pachtrecht 1897 S. 36; Fuld S. 109; Leske, Vergleichende Darstellung des ALR. und BGB. 1900—1903 I S. 234; Mittelstein § 69, 2 S. 258; Neumann N. 3; Niendorff S. 224; Oertmann N. 5; Staudinger-Kober III, 5.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ludwig Karl Ernst v. Reiche, evangelisch, Preuße, geboren am 30. August 1879 zu Breslau, Sohn des Oberpostsekretärs Karl v. Reiche zu Breslau und seiner dort am 4. Oktober 1880 verstorbenen Ehefrau, Luise geb. Freese, besuchte das Magdalenen-Gymnasium zu Breslau, die Herrnhuter-Anstalten in Niesky (Ober-Lausitz) und das Friedrichs-Gymnasium zu Breslau und legte an der letztgenannten Anstalt Ostern 1899 die Reifeprüfung ab. Nach einsemestrigem Studium der Medizin in Freiburg i. Br. studierte er Rechtswissenschaft in München, Berlin und Breslau und legte am 14. Mai 1903 die erste juristische Staatsprüfung und am 22. Mai desselben Jahres das mündliche Doktorexamen in Breslau ab. Gegenwärtig ist er im juristischen Vorbereitungsdienst dem Oberlandesgericht in Breslau überwiesen.